



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

全国高等教育规划教材 ● 电子商务专业

电子商务法

DIANZI SHANGWU FA

(第2版)

苏丽琴 主编



教材特点

- 工学结合——教材体系突出教学过程的实践性、开放性和职业性，强化职业能力培养
- 校企联手——教材内容兼顾职业资格考证，提升岗位竞争能力
- 案例贴切——教材案例贴近实际，缩短校内学习与实际工作的距离
- 资源丰富——教材配有教学建议、电子教案和参考答案等教学资源，免费下载，方便教学
- 作者优秀——来自一线的“双师型”骨干教师，倾力打造实用型精品教材



电子工业出版社
PUBLISHING HOUSE OF ELECTRONICS INDUSTRY

<http://www.phei.com.cn>

普通高等教育“十一五”国家级规划教材
全国高等教育规划教材·电子商务专业

电子商务法

（第2版）

苏丽琴 主编

余洪滨 王冰 宋玉萍 代海涛 副主编

電子工業出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京·BEIJING

内 容 简 介

本书从学理上将电子商务法学科体系划分为四大部分,共 11 章内容,分别为电子商务法基本理论(第 1 章)、电子商务交易法(第 2~4 章)、电子商务权益保护法(第 5~7 章)和电子商务管制法(第 8~11 章)。本书在吸取最新电子商务立法信息的基础上,采用比较分析、案例分析、归纳推理等研究方法,力求做到基本概念和观点明确,阐述简明清晰,原理与案例相结合,学理与法理相结合,理论与实践相结合。

本书主要适合作为相关院校电子商务本(专)科专业的教材,也可作为相关法律专业电子商务法课程的参考教材以及法律界和企业界相关人员的参考读本。

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究。

图书在版编目(CIP)数据

电子商务法 / 苏丽琴主编. —2 版. —北京: 电子工业出版社, 2010.6

(全国高等教育规划教材. 电子商务专业)

ISBN 978-7-121-10981-2

I. ①电… II. ①苏… III. ①电子商务—法规—中国—高等学校—教材 IV. ①D922.294

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 097675 号

策划编辑: 王沈平

责任编辑: 李蕊

文字编辑: 李雪梅

印 刷:

装 订: 北京京科印刷有限公司

出版发行: 电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开 本: 787×1092 1/16 印张: 16 字数: 409.6 千字

印 次: 2010 年 6 月第 1 次印刷

印 数: 3000 册 定价: 28.00 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题, 请向购买书店调换。若书店售缺, 请与本社发行部联系, 联系及邮购电话: (010) 88254888。

质量投诉请发邮件至 zltz@phei.com.cn, 盗版侵权举报请发邮件至 dbqq@phei.com.cn。

服务热线: (010) 88258888。

出版说明

为了适应我国职业教育改革的要求,满足高等职业院校对新型财经类教材的需要,电子工业出版社从 2004 年开始出版财经类高等职业教育规划教材,目前已出版和正在出版“经济管理基础课”、“市场营销专业”、“财务会计专业”、“电子商务专业”、“连锁经营管理专业”和“国际贸易专业”以及反映教学改革成果和经验的“教学改革示范系列”、“工作过程导向系列”和“任务驱动与项目导向系列”等教材。

由于教材主编多是全国性或地区性专业学会的专家、学者,国家级和省市级科研或教研项目的负责人和参与者,活跃在教学一线的“双师型”教师和企业精英,且教材全部配备了相应的教学资源,所以教材一经推出,就受到了相关院校师生的欢迎,众多教材荣获“普通高等教育‘十一五’国家级规划教材”、省市级优秀教材或科研成果等奖项,不少教材成为了市场畅销书。

为了贯彻和落实教育部 16 号文件精神,反映近年来我国高等职业教育改革的成果和经验,新近修订和策划出版的财经类教材力求体现教育部 16 号文件精神,体现教材对学生就业能力的培养,提高学生的实践能力、创造能力、就业能力和创业能力。

财经类系列教材具有以下主要特点。

(1) 教材内容和体系力图体现“工学结合”精神,突出教学过程的实践性、开放性和职业性,强化对高职学生职业能力的培养。

(2) 教材内容兼顾学历课程与职业资格应试要求,多种教材融“教、学、做”为一体,以“工学交替”、“任务驱动”、“项目导向”等形式,按岗位工作流程和需要进行编写,以便学生在毕业时顺利取得学历证书和职业资格证书。

(3) 教材内容适当引用实际案例,通过案例教学和实训操作,缩短学生校内学习与实际工作的距离,提升高职学生的岗位竞争能力,以期实现“教学与实践零距离,毕业与上岗零过渡”。

(4) 教材配有丰富的教学资源,为教学提供全方位、立体化的解决方案。教学资源除包括教学所必需的课程教学建议、电子教案和习题参考答案外,许多教材还增加了成套的模拟试卷及其答案和课程教学网站。利用教学资源,可为课程教学安排提出指导性意见,减轻教师的备课负担,解决教师在组织教学资料方面遇到的困难;同时,精美、形象的电子教案也有利于学生更好地理解教材内容,提高学习兴趣。

我们相信，财经类教材的出版，对于高等职业教育的改革与发展以及高等职业专业人才的培养将起到积极的推动作用。我们希望，通过精心打造的优秀教学产品，让科学的教学理念、实用的专业知识在广大受众中得以传播。

电子工业出版社 职业教育分社

2010 年 1 月

教学资源网名称：华信教育资源网

教学资源网地址：<http://www.hxedu.com.cn>

客户服务热线：010-88254481；传真：010-88254483；电子邮件：hxedu@phei.com.cn

第 1 版前言

以互联网和信息技术应用为本质特征的电子商务从 20 世纪 90 年代兴起、发展,不断普及,现已渗透到了社会生活的各个方面。电子商务通过对信息技术手段的广泛、深入运用,降低了经营成本,提高了生产效率,优化了社会资源配置。与此同时,人们也越来越意识到:极大推动了社会生产力发展的电子商务,给传统商业模式及社会生活的方方面面带来了前所未有的冲击,给现有法律制度、司法体系及伦理道德规范带来了巨大挑战,许多传统法律制度中的规则不适合于调整电子商务活动中的商事主体的行为,若硬行套用调整,将会产生不公平的后果或阻碍电子商务的发展。

为适应电子商务在全球的兴起和快速发展,20 世纪 90 年代以来,国际、国内相关组织和立法机关逐步制定了一系列的相关法律和政策法规,尤其是 2005 年 4 月 1 日起施行的《中华人民共和国电子签名法》的颁布,标志着我国电子商务立法进入了新的阶段。相信,随着电子商务的快速、健康发展,电子商务法律法规体系定会日臻完善,以更好地保障电子商务的良性运行。

本书共分四大部分 11 章内容,分别为电子商务法基本理论、电子商务交易法、电子商务权益保护法和电子商务管制法,涉及电子合同、电子支付、电子签名与电子认证、域名、网络作品著作权保护、网络消费者权益保护以及电子商务中的广告、税法、安全等相关法律问题和电子商务的法律救济。

全书有如下主要特色:

- (1) 注重透析基本的法理知识,以够用为度,突出应知应会的基础法律知识;
- (2) 注重电子商务法与传统法律知识的联系与不同,突出电子商务法律的独特性;
- (3) 注重体现高职高专教材特色结构,突出实践性、应用性和创新性原则;
- (4) 注重理论联系实际,章节配有案例并予以简要分析,章后设有案例分析题,旨在培养学生应用所学法理分析、解决实际问题的能力;
- (5) 力求语言精练顺畅,内容深入浅出;
- (6) 力求体系结构合理、章节安排紧凑,逻辑性强;
- (7) 每章前设“学习目标”,章后设“本章小结”与思考题,便于学生有的放矢地学习与提高;
- (8) 全书配有电子教案,便于授课教师备课参考及学生自学。

本书由苏丽琴任主编,余洪滨、王冰和苏丹任副主编。苏丹、代海涛、宋玉萍参加了编写工作。由主编提出全书编写体例并负责全部书稿的统稿和定稿,主编和副主编共同负责书稿的审改。各章编写分工如下:苏丽琴编写第 1 章、第 6 章;余洪滨编写第 4 章、第 10 章;王冰编写第 3 章;苏丹编写第 2 章、第 5 章;代海涛编写第 7 章、第 8 章;宋玉萍编写第 9 章、第 11 章。

本书在编写过程中参阅了大量的书籍、报刊、杂志和相关网站的资料信息及研究成果，在此，对所有给予我们帮助的作者表示衷心的感谢！在本书编写的过程中得到了王丹、李跃贞同志的大力支持与帮助，在此一并表示衷心的感谢！

由于《电子商务法》本身是一门新兴的有待于进一步发展完善的课程，加之作者水平有限，书中缺点和错误在所难免，恳请专家、读者不吝赐教。

编 者
2005 年 10 月

第 2 版前言

借助现代信息技术和计算机网络开展各类商务活动的电子商务较之传统的商务活动发生了极大的变化,尤其是近年来电子商务的飞速发展出现了许多新的法律问题。而传统法律框架下的诸多规则已难以直接使用,这些新问题就需要新的法律予以解决。《电子商务法》正是以电子商务实施过程中所产生的各种社会关系为调整对象的法律规范的总和。

本书自 2006 年 3 月出版以来,作为电子商务专业及相关专业的电子商务法课程教材,在多所院校多次得到选用并获得了好评。但电子商务日新月异的发展引发了许多新的法律问题,使得电子商务法学术领域不断面临新的挑战。几年来有关电子商务方面的法律问题、法规办法止旧立新。鉴此,编写组决定与时俱进,修订再版。

再版时保持了“两不变”。一是保持全书的体系结构不变:本书主要包括电子商务法基本理论、电子商务交易法、电子商务权益保护法和电子商务管制法四大部分,共 11 章内容。二是保持全书的主要特色不变:突出电子商务法律的独特性,讲求基本法理知识的够用性;体现法律类教材的实用性,突出全书整体的创新性。力求语言精练顺畅,内容深入浅出。每章必设案例分析,便于理论联系实际。

本书在修订过程中,主要进行了以下工作:

(1) 多渠道搜集最新资料,吸纳了 2006 年 1 月至 2010 年 3 月以来新出台的相关电子商务法律法规资料。

(2) 重新编写了《电子合同》和《网络作品著作权保护法律问题》两章的内容。

(3) 增加了许多新的更具代表性的案例。

(4) 对原各章内容进行合理增删。将各章已经过时的内容予以删减,将各章内容不够完善之处予以补充。

华北科技学院苏丽琴教授继续担任本书再版主编,副主编为余洪滨、王冰、宋玉萍和代海涛。主编负责各章修改后的审阅以及全文的总撰定稿。再版后各章节的编写分工如下:苏丽琴负责撰写第 2 版前言、内容简介,修改第 1 章、第 6 章,并重新编写第 2 章;余洪滨负责修改第 4 章和第 10 章;王冰负责修改第 3 章;宋玉萍负责修改第 9 章和第 11 章,并重新编写第 5 章;代海涛负责修改第 7 章和第 8 章。修订编写过程中,朱启莲和王淑江主要负责对本教材相关试题以及案例资料的搜集、整理和录入。

同时,本书在修订过程中,参阅了相关法律书刊以及网站的诸多资料,在此,对所有给予我们帮助的作者表示衷心的感谢!本书在编写过程中也得到了电子工业出版社和王沈平老师的大力支持和帮助,在此诚致谢意。

因《电子商务法》本身是一门新兴的有待与时俱进的课程，加之作者水平有限，书中疏漏之处在所难免，恳请各位专家、读者批评指正。

编 者
2010 年 3 月

目 录

第 1 章 电子商务法基础.....	1
1.1 电子商务对传统法律提出的挑战.....	1
1.1.1 电子商务的概念、特征与分类	1
1.1.2 电子商务对传统法律提出的挑战.....	2
1.2 电子商务法概述	4
1.2.1 电子商务法的调整对象和范围	4
1.2.2 电子商务法的性质和特征	5
1.2.3 电子商务法的内容	7
1.3 电子商务法律关系	7
1.3.1 电子商务法律关系概述	7
1.3.2 电子商务法律关系的构成要素	8
1.3.3 电子商务法律关系的分类	13
1.4 电子商务立法	14
1.4.1 国外电子商务立法	14
1.4.2 国际电子商务立法的启示	17
1.4.3 我国电子商务立法的现状	19
1.4.4 我国电子商务的立法模式	21
本章小结	23
案例分析	23
思考题	24
第 2 章 电子合同.....	25
2.1 电子合同概述	25
2.1.1 电子合同的概念	25
2.1.2 电子合同的特征	27
2.1.3 电子合同的类型	28
2.1.4 电子合同的法律地位	29
2.1.5 电子合同与传统合同的区别	30
2.2 电子合同的订立过程	31
2.2.1 电子合同的主体	31
2.2.2 电子合同的订立程序	33
2.3 电子合同的成立与生效	38
2.3.1 电子合同的成立	38
2.3.2 电子合同的效力	40



2.4 电子合同的履行	45
2.4.1 电子合同履行的概念	45
2.4.2 电子合同的履行原则	45
2.4.3 电子合同履行的特殊方式	46
2.4.4 电子合同当事人的权利与义务	46
2.5 电子合同的违约救济	46
2.5.1 电子合同违约的归责原则	47
2.5.2 电子合同违约的免责事由	47
2.5.3 电子合同违约救济的主要方式	48
本章小结	49
案例分析	50
思考题	50
 第3章 电子签名与电子认证法律问题	51
3.1 电子签名法	51
3.1.1 电子签名法的概念与功能	51
3.1.2 电子签名的概念、实现方法及功能	52
3.1.3 数字签名技术	54
3.1.4 电子签名和数据电文的法律效力	56
3.2 电子认证法律问题	61
3.2.1 电子认证概述	61
3.2.2 电子认证法律关系	65
3.2.3 电子认证机构的设立及管理	70
本章小结	73
案例分析	74
思考题	75
 第4章 电子支付法律问题	76
4.1 电子支付概述	76
4.1.1 电子支付的概念与特征	76
4.1.2 电子支付的主要形式	77
4.1.3 电子支付引起的法律问题	81
4.2 电子支付法律关系和法律责任	83
4.2.1 电子支付法律关系的当事人	83
4.2.2 电子支付法律关系的内容	87
4.2.3 电子支付法律责任的承担	89
4.3 电子支付的国内立法及其风险防范	92
4.3.1 我国的电子支付立法	92
4.3.2 电子支付的风险防范	94



本章小结	96
案例分析	97
思考题	97
第 5 章 网络著作权保护法律问题	98
5.1 网络著作权概述	98
5.1.1 网络著作权及我国立法现状	98
5.1.2 网络著作权的客体	99
5.1.3 网络著作权的内容	102
5.2 网络著作权的限制	105
5.2.1 网络著作权的合理使用	106
5.2.2 网络著作权的法定许可	107
5.2.3 网络著作权的强制许可	108
5.2.4 网络著作权的默示许可	109
5.3 网络著作权侵权行为及法律责任	109
5.3.1 网络著作权侵权行为概述	109
5.3.2 网络服务提供商的法律责任	112
5.3.3 网络著作权的侵权责任	115
本章小结	117
案例分析	117
思考题	118
第 6 章 域名法律问题	119
6.1 域名概述	119
6.1.1 域名的概念、功能和法律特征	119
6.1.2 域名的结构	121
6.1.3 域名的商业价值	121
6.1.4 域名与商标	122
6.1.5 域名与企业名称	123
6.2 我国域名管理的法律规定	125
6.2.1 域名管理机构	125
6.2.2 域名的注册与审批	127
6.2.3 中国互联网域名体系结构	128
6.2.4 域名的注销	129
6.3 域名争议及其法律保护	130
6.3.1 域名争议概述	130
6.3.2 域名的恶意抢注	130
6.3.3 其他因域名引起的不正当竞争	133
6.3.4 域名争议的国际和国内解决机制	135



6.3.5 我国关于域名保护的相关立法	137
本章小结	138
案例分析	139
思考题	140
第7章 电子商务中消费者权益保护法律问题	141
7.1 消费者隐私权和知情权的法律保护	141
7.1.1 隐私权和知情权概述	141
7.1.2 个人信息隐私权的保护	145
7.1.3 电子商务中消费者知情权的保护	150
7.2 消费者索赔权的法律保护	153
7.2.1 电子商务中消费者索赔权履行中存在的问题	153
7.2.2 电子商务中消费者索赔权的保护	154
7.3 消费者公平交易权的法律保护	155
7.3.1 电子商务中消费者公平交易权实现中存在的问题	155
7.3.2 电子商务中消费者公平交易权的保护	156
7.4 消费者安全权的法律保护	158
7.4.1 电子商务中消费者安全权存在的问题	158
7.4.2 电子商务中消费者安全权的保护	159
案例分析	160
本章小结	161
本章思考题	161
第8章 电子商务中的广告法律问题	162
8.1 电子商务中的广告概述	162
8.1.1 网络广告的概念与特征	162
8.1.2 网络广告的类型	163
8.2 电子商务中的广告法律问题	164
8.2.1 网络广告主体的界定问题	164
8.2.2 网络广告的审查问题	165
8.2.3 网络广告衍生的新法律问题	167
8.2.4 网络广告与不正当竞争行为	171
8.2.5 违法广告应承担的法律责任	172
8.3 网络广告法律问题的对策与建议	173
8.4 完善我国的网络广告法律制度	174
8.4.1 网络广告的一般法规则	175
8.4.2 网络广告的特别法规则	175
8.4.3 网络广告的经营活动规则	176
8.4.4 网络广告的法律责任	177



案例分析	177
本章小结	177
本章思考题	178
第 9 章 电子商务中的税收法律问题	179
9.1 电子商务对税收政策产生的影响	179
9.1.1 无形产品交易带来的税收问题	179
9.1.2 纳税主体的难确定性	180
9.1.3 对增值税属地原则的冲击	182
9.1.4 电子商务带来的避税问题	183
9.1.5 无纸化带来的税收计征问题	183
9.2 国际与国内电子商务税收政策	184
9.2.1 国际电子商务税收政策	184
9.2.2 我国电子商务税收政策的思路	188
本章小结	192
案例分析	192
思考题	193
第 10 章 电子商务安全法律制度	194
10.1 电子商务安全概述	194
10.1.1 电子商务安全的概念与特征	194
10.1.2 电子商务安全的威胁	195
10.1.3 黑客与电子商务	196
10.2 电子商务安全法律制度	199
10.2.1 计算机信息系统安全保护等级制度	199
10.2.2 有害数据防治制度	200
10.2.3 互联网管理制度	202
10.2.4 危害电子商务计算机信息系统安全犯罪	204
10.3 电子商务安全的技术保障和法律保障	207
10.3.1 加密技术的开发应用	207
10.3.2 安全法律保障制度	211
本章小结	214
案例分析	215
思考题	216
第 11 章 电子商务法律救济	217
11.1 电子商务纠纷的司法管辖	217
11.1.1 司法管辖权概述	217
11.1.2 电子商务对司法管辖权的冲击	219



11.1.3	国外电子商务司法管辖权立法与实践.....	220
11.1.4	我国电子商务司法管辖权的立法与实践.....	221
11.2	电子商务纠纷的法律适用.....	225
11.2.1	电子商务对传统法律适用规则的挑战.....	226
11.2.2	电子商务纠纷的法律适用	227
11.2.3	电子商务涉及的实体法	228
11.2.4	电子商务纠纷法律适用的发展趋势.....	229
11.3	电子商务争议解决替代方式：在线争议解决机制.....	230
11.3.1	在线争议解决方式的产生	230
11.3.2	在线争议解决方式的优势	231
11.3.3	在线争议解决方式的主要模式.....	231
11.3.4	在线争议解决方式的发展	232
11.4	电子商务诉讼中的证据制度.....	233
11.4.1	电子证据的概念和特点	233
11.4.2	电子证据的可采纳性	234
11.4.3	电子证据的证明力	235
11.4.4	电子证据的保全	236
11.4.5	电子商务法律救济实践指南	237
	本章小结	237
	案例分析	238
	思考题	239
	参考文献	240

第1章 电子商务法基础

【学习目标】

- 理解、掌握电子商务法的调整对象、内容及电子商务法律关系；
- 理解电子商务法的性质和特征；
- 了解电子商务对传统法律提出的挑战及电子商务的国际、国内立法。

1.1 电子商务对传统法律提出的挑战

1.1.1 电子商务的概念、特征与分类

电子商务是电子技术与商务活动的结合，是商务活动的电子化、信息化和网络化。计算机网络的商务应用，彻底改变了传统的商务活动模式，产生了网络电子商务的全新商务形态。但从目前来看，电子商务还没有一个完整统一的概念。全世界各个有影响的国际组织、跨国公司都有各自对电子商务的定义。国际标准化组织（ISO）将电子商务定义为“企业之间、企业与消费者之间信息内容与需求交换的一个通用术语”。联合国国际经济合作与发展组织的定义为：电子商务是发生在开放网络 Internet 上的包含商家与商家、商家与消费者之间的商业贸易。著名的 Intel 公司认为：电子商务=电子市场+电子交易+电子服务。IBM 公司认为：电子商务=信息技术+Web+业务。HP 公司认为：电子商务是通过电子化的手段来完成商业贸易活动的一种方式。

1. 电子商务的概念

电子商务组成要素必须包括两方面的因素：一是电子方式，二是商务活动。电子商务必须是利用电子方式或电子信息技术来进行的商务活动。因此，对于电子商务概念含义应从以下几个方面理解。

- （1）电子商务是商务活动的电子化和网络化；
- （2）电子商务是利用电子信息技术进行商务活动的过程；
- （3）电子商务内容广泛，是以信息流、物流、商流、资金流为核心，包括销售支付、运输、售后服务等在内的全方位的商务活动；
- （4）电子商务参与的主体广泛，包括消费者、销售商、供货商、银行、金融机构和政府机构等；
- （5）电子商务是高效率、低成本的商务活动；
- （6）电子商务是跨越国界、跨越时空的全球性商务活动。



2. 电子商务的特征

与传统的商务模式相比，电子商务具有如下特征。

- (1) 交易主体的虚拟化；
- (2) 部分网上交易对象的无形化、信息化和数字化；
- (3) 支付手段的电子化，高度信用化；
- (4) 交易成本的明显降低，交易机会大大增加；
- (5) 电子商务交易的全球化、跨国化。

3. 电子商务的分类

作为一种新型的商务模式，电子商务的应用范围越来越广泛。依据不同标准，可对电子商务进行不同的分类。按电子商务应用的领域，可分为企业对消费者（B to C）、企业对企业（B to B）、企业对政府机构（B to G）、消费者对政府机构（C to G）的电子商务；按开展电子交易的信息网络范围划分，可分为本地电子商务、远程国内电子商务和全球电子商务；按电子商务交易的内容划分，可分为电子购物与贸易、网上信息商品服务、电子银行与金融服务、售后跟踪服务等。

1.1.2 电子商务对传统法律提出的挑战

在人类的行为规范体系中，法律是最系统、最具有强制力的行为规范。对于传统的商务模式，各国早就建立了一套完备的法律制度进行规制和调控。但全新的网络电子商务模式出现并广泛应用后，由于其具有高技术性、全球性和无纸性等特征，造成许多传统法律制度中的规则不适合于调整电子商务活动中的商事主体的行为，如果硬行套用调整，将会产生不公平的后果或阻碍电子商务的发展。而电子商务的内容相当丰富，包括电子合同、电子税收、网络知识产权、域名、电子商务安全、网络广告、电子支付、电子产品质量认证等。电子商务对传统法律制度造成的冲击和挑战也正体现在上述几方面。

1. 电子合同问题

对数据电文传递过程中的要约与承诺、合同条款、合同成立及生效的时间和地点、通过计算机订立的合同对当事人是否具有约束力等问题，传统的合同法已无法应对。例如，商家登载于网页上的商品信息是要约还是要约邀请？电子要约与电子承诺的构成、生效条件是什么？电子合同的形式应归属于口头、书面或其他什么形式？合同成立、生效的时间和地点与传统合同一样吗？电子合同是否可撤销？无纸化电子合同发生争议后，没有原件的打印，合同是否具有证明力？电子合同的种类有哪些？

2. 互联网的知识产权问题

在互联网上存在着大量的电子文件、电子新闻、电子书籍及软件，这些都可被任意下载，无疑构成了对原著作权人著作权的侵犯。故著作权的保护成为一个极受人们关注的焦点，公众对网上著作权的认识和观念也有待提高和更新。如何对被指控侵权的人实施有效



的制裁是一个亟待解决的难点。就商标而言,传统的商标登记和使用有地域性,而在互联网上则无此地域界限,因而潜在的侵权事件将不断增多。此外,作为企业在互联网上识别标示的域名,在与某种商品或服务相联系后,就足以标示商品和服务的来源,从而具备了商标的标示性。再加上商标的地域性、多重性与域名的全球性、唯一性的冲突,域名与商标间的抢注纠纷也日益增多。抢注者通常都是抢注一些知名企业、著名的老字号店名、知名品牌或城市,甚至是国家的名称。这样,一是希望可以借此提高自己网站的关注率;二是希望鱼目混珠,假冒其他知名的品牌推销自己的产品;三是希望那些著名企业出巨额资金来向抢注者购回或高价租用被抢注的域名。在电子商务活动中,这无疑会给企业的竞争力带来负面影响,同样需要立法规范。

3. 电子商务涉及的税法问题

现有的税收征管措施和税种确立主要建立在商务主体开展的传统商务模式之上。交易双方的交易信息及账册都存储在纸介质之上,营业主体都有固定的营业地点及经营范围,这样十分方便税务部门核查、监控及催收。但在电子商务交易过程中,网上流动营销十分普遍,营业主体不一定有固定的营业地点及经营范围,同时网上交易的信息及账册记录信息以数据电文记载,存储于磁盘介质之中,使这些信息的固定性、可信性、不可删改性大打折扣。这就给税务部门获取电子商务的真实交易资料及对纳税对象的核查、监控、催收造成了极大不便。采用传统的税管手段已难产生应有的法律效果。同时,电子商务中生产、流通、分配、消费等环节的界限已在一定程度上难以区分,这就对网上交易征税时税种及征税地的确定带来了困难,是征生产环节税、流通环节税还是消费环节税,确实很难确定。另外,由于互联网带来的便利,跨国交易增多,如何规定跨国税收规则、如何避免双重征税也是有待解决的棘手问题。

4. 网上支付的法律问题

在电子商务交易过程中,由于金融电子化,完成交易的各方都是通过无纸化的电子手段,如信用卡支付、远程网上结算及电子资金划拨等进行支付和结算。网上电子支付行为越来越普及后,传统银行法中的货币发行、支付风险、支付责任等规定就很难直接套用于电子支付行为。在电子支付的过程中,电子货币的发行人是哪些机构,电子支付的安全性由谁保障,支付中出现资金冒领等损失由谁承担等,都应制定新的法律法规予以调整。另外,网上支付中电子货币、电子现金、电子钱包等,在法律上也存在着很多问题,如电子货币是否具有效力、什么地方将被作为支付地点等。

5. 电子商务安全与隐私权的问题

互联网电子商务的安全和隐私权问题已成为人们广为关注的焦点,如何保证商业秘密不被泄露和盗用,如何确保数据库的保密性,如何保证网络交易系统的安全运行,如何防止商业欺诈,以及如何判定交易人的身份及用户的信用,如何进行电子签名的识别与防伪,如何保证商家安全收款等,都是不容忽视的关键所在。网络的公开性使信息可以在网上自由交换,这样一个开放的平台无疑会与隐私权,如个人账户、信用卡密码、消费者喜好等产生矛盾。如果隐私权得不到保护,将会使许多人对电子商务望而却步。



6. 电子证据问题

在电子商务中，确定交易各方权利和义务的各种合同和单证都采用电子形式，这些电子文件在证据中就是电子证据。电子证据主要是指在计算机或计算机系统运行过程中产生的以其记录的内容来证明案件真实的电磁记录物。由于使用磁性介质，记录的内容容易被改动且不易留下痕迹，计算机操作人员的过失或环境和技术方面的原因也会使其出现差错，所以电子文件的真实性和安全性容易受到威胁。因此，电子证据的可用性、有效性及电子的审查判断规则，是亟待解决的问题。

7. 电子商务中的广告法律问题

传统的基于地域因素的广告管理规则已不能适应无地理界限的互联网的广告。例如，在法国是禁止做烟草广告的，但互联网的超国界性，使万宝路的广告通过互联网在法国被公众获知成为可能，法国的禁令在互联网面前成为了一纸空文。如何制定新的广告管理规则，以适应互联网的要求，成了迫在眉睫的事情。

8. 电子商务中的消费者权益保护问题

法律强调对消费者权益的保护，是为了维护交易双方的实体平等。为此，消费者权益保护法赋予了消费者一系列的法律权利。但在电子商务环境下，消费者的角色发生了转变，消费行为更信用化、理性化、个性化，同时在虚拟的网络市场中，消费者更关注自身权益能否得到法律的切实保护。现有消费者保护法，无法为网上消费者对商品和服务的知情权、退货权、隐私权等提供充分的保护。所以，应当考虑电子商务消费者的消费特点，制定新的电子商务消费者权益保护规则。

1.2 电子商务法概述

1.2.1 电子商务法的调整对象和范围

电子商务中人们实施的各种活动具有共同的基础和特点，应当遵循共同的规则。但现有的法律体系难以直接对电子商务进行调整规范，因此，必须规定专门的电子商务法，创建专门的电子商务学科，对人们在电子商务中发生的种种社会关系进行规范并对新出现的各种问题进行研究。

电子商务法要独立成为一门法律学科，就必须有自己独立的调整对象。对电子商务法的调整对象，国内学者有不同的认识和表述。杨坚争等编著的《电子商务法教程》中认为：“电子商务法是调整有关在线商业行为及其引发的相关问题的法律规范的总和。”张楚著的《电子商务法初论》中认为：“电子商务法是调整以交易形式为内容的商事关系的规范体系。”田文英等编著的《电子商务法概论》中认为：“电子商务法是指调整电子商务信息流、物质流和货币流三个环节活动中所产生的社会关系的法律规范的总和。”这些界定立论的角度不同，都认为电子商务法具有独立的调整对象，即特定领域中人们之间发生的社



会商事关系。

电子商务法有广义和狭义之分。广义的电子商务法是调整通过各种电子信息传递方式进行的商务活动所发生社会关系的法律规范的总和。它的调整对象包括：通过电报、电传、传真形式等电子信息传递而发生的商事社会关系；通过电子数据交换（EDI）形式而发生的商事社会关系；通过互联网、局域网或增值网的电子信息交换而发生的商事社会关系。狭义的电子商务法是指调整通过计算机网络进行数据电文传递而进行商事活动所产生的社会关系的法律规范的总和。从目前国内外电子商务立法活动的实践来看，一般均是从狭义上使用电子商务法的概念。本书也是从狭义上理解和使用电子商务法的含义。

电子商务法的调整对象包括：通过电子数据交换（EDI）形式而发生的商事社会关系和通过互联网、局域网或增值网的数据电文传递而发生的商事社会关系。具体包括以下几类：电子合同关系；网上电子支付关系；网络知识产权关系；网络不正当竞争关系；网络电子消费权益保护关系；电子税收关系；网络广告、拍卖关系；网站经营知识产权关系；电子商务争议解决关系等。

1.2.2 电子商务法的性质和特征

1. 电子商务法的性质

在大陆法系，最基本的部门法律是宪法、民法、刑法、商法、刑事诉讼法和民事诉讼法，简称六法。随着法律内容的丰富，在六法的基础上又分立出行政法、经济法、国际法等新的部门法。同时各部门法的内容也逐渐细化，分立出比部门法更低一层的大量法律学科。部门法的划分以其调整的社会关系性质不同为标准。但现代社会，由于政治、经济、文化的高度发达，社会关系的复杂程度前所未有，由此决定法律部门与法律学科的传统划分标准无法适用于所有的场合。许多新产生的法律学科往往调整不同性质的社会关系，跨越不同的法律部门，如房地产法、环境保护法、证券法、金融法等，这时就很难简单地将某一法律学科简单划归一个特定的法律部门。

电子商务法是一个非常庞杂的法律体系，涉及许多领域，既包括传统的民法领域，如合同法、著作权法等，又有新的领域，如数字签名法、电子认证法等。对电子商务法的性质，法学界有不同的看法，有人认为应归于民法，有人认为应归于商法，有人认为应归于经济法，还有人认为应是独立的法律部门。本书认为，电子商务法的性质应由电子商务法的具体内容构成来决定，电子商务法的内容主要是电子交易法、网络知识产权法、网络安全管制法、网络消费者权益保护法、电子商务主体资格法、电子税收法、电子商务争议管辖法等。这些内容涉及的基本概念、基本原理在现有的法律体系中已有规范，这些规范跨越了民法、商法、经济法、行政法、刑法、诉讼法等法律部门。但从总体上判断，电子商务法是随着电子商务模式的普及推广而产生的一个独立的主要归属于民商法体系的法律学科。因为电子交易法是电子商务法的核心内容，而电子支付法、网络知识产权法、消费者保护法等又是电子商务法的重要组成部分。同时，电子商务法又具有跨部门法的性质，它的有些内容属传统行政法、经济法、国际私法、诉讼法的调整范围。所以，电子商务法的现有规范体系和具体内容尚不足以支撑其成为一个独立的法律部门。

2. 电子商务法的特征

(1) 电子商务法律主体的虚拟性。在网络电子商务实施中，参与的主体主要通过在线联系，交易和支付的信息主要通过电子邮件、电子数据交换系统、电子商务自动成交系统、电子银行支付系统来传递。因此，从交易谈判到合同订立，从合同履行到价款支付等各环节，电子商务的主体不需见面，相互身份资料无法即时查实，由此可见，电子商务法律主体已虚拟成网络上的数据电文信息或符号。

(2) 电子商务法律规范具有任意性和开放性。电子商务是全新的商务形态，许多制度还处于探索阶段，因此，调整电子商务活动时就不应当用僵硬化的规范将正处于发展中的电子商务活动禁锢起来。同时，由于电子商务法主要以电子交易法为中心，而交易对象的选择、交易形式的确定、交易内容的构成和交易责任的承担从意思自治原则来看也应允许交易主体自由决定。授权性的电子商务规范恰恰能满足这一要求。电子商务法是关于以数据电文进行意思表示的法律制度体系，数据电文的形式呈现多样化，新的技术手段与信息媒介不断被开发应用于电子商务活动之中。因此，调整电子商务的法律规范也应当具有开放性，不应将现阶段某一电子商务技术或模式固定为普适性的法律，而应当制定开放性的一般原则条款和功能等价条款，将有利于电子商务发展的技术与模式尽量容纳于电子商务法律规范之中。

(3) 电子商务法律内容具有程式性和全球性。电子商务涉及合同、知识产权、税收、消费者权益、管辖制度方面的法律问题。在传统的法律体系中，这方面的制度不仅早已建立，而且权利、义务的内容也相当丰富。电子商务法产生后，主要是对传统法律难以调整、规范的问题进行补充性规定，而不需要完全抛弃原有的法律制度另行创制一套新的法律制度体系。实际上，电子商务法主要规定通过数据电文方式进行意思表示时所应采用的形式，包括电子合同的形式、合同的签字确认、合同主体身份的认证、电子作品的形式、电子作品的侵权方式、消费者的权益保护形式等。这些形式在传统的法律体系中没有相关的规范条款，因此，要求制定电子商务法。一般情形下，电子商务法不重点规定在电子商务法律关系中的具体权利、义务，而主要规定电子商务的新形态、新样式及与传统法律制度的协调与相融，这就说明电子商务法内容具有形式法或程式法的特征。同时，由网络的全球性和电子商务的跨国性特征决定，电子商务法制定时必须考虑国际组织和其他国家电子商务法律制度的内容、特点，力求在主要的法律理念、立法原则与制度设计上与其他国家相协调，否则，仅一国独创的电子商务法律规则将缺乏实施的生命力。当然，电子商务法的全球性并不是照抄照搬外国的法律，相反，各国仍要考虑本国法律体系的特点，在全球电子商务框架内创制本国的具体电子商务法律制度。例如，我国在《合同法》、《著作权法》中已制定了一些有创意的电子商务法律制度。

(4) 电子商务法律客体的广泛性。网上电子商务参与双方权利、义务指向的客体主要是商品和服务。商品包括了有形商品和无形商品，有形商品如书籍、汽车、房屋、电器等，无形商品如软件、音乐作品、著作、专利技术等。服务包括了网络广告发布、资料查询、邮箱提供、网上拍卖、身份认证、域名注册、聊天和联谊等。随着网络技术和电子通信技术的发展以及安全性的进一步增强，电子商务应用的领域在不断扩大，电子商务法的客体也将不断增加。



1.2.3 电子商务法的内容

电子商务法的内容主要由以下四部分构成。

1. 电子商务法律基本理论

这一部分主要介绍和论述电子商务的基本知识,电子商务法的调整对象、性质和特征,电子商务法的内容,电子商务法律关系的构成,电子商务立法的状况等。

2. 电子商务交易法

这一部分主要介绍和阐述电子合同制度,电子认证和电子签名法律问题,电子支付法律问题等内容。这部分内容是电子商务法的重点和中心。

3. 电子商务权益保障法

这一部分主要介绍和探讨网络版权保护,域名制度,电子商务中的人格权保护,电子商务中的消费者权益保护等内容。

4. 电子商务管制法

这一部分主要介绍和分析电子商务的税收管制问题,电子商务的安全保护法律制度,电子商务中的违法犯罪行为的防范与打击,电子商务纠纷的法律救济等。

1.3 电子商务法律关系

1.3.1 电子商务法律关系概述

1. 电子商务法律关系的概念

电子商务法律关系是指由相关法律法规调整的、在电子商务活动中形成的以权利和义务为内容的社会关系。具体地说,它是指电子商务的参与者(如企业、消费者、金融机构等)与网络服务商等相互之间、在电子商务活动过程中依法产生的权利和义务关系。

作为市场经济的组成部分,电子商务市场也要遵循市场经济的基本规则,市场机制也要通过价格、供求关系和竞争机制发挥作用。因此,电子商务法律关系具有一般法律关系的共同特点。但是由于行为环境不同——电子商务是通过网络进行的商务活动——现行的法律在适用于电子商务活动方面存在着相当大的不确定性,所以它还应具有其自身的特点。

2. 电子商务法律关系的性质

(1) 电子商务法律关系具有私法和公法相结合的性质。电子商务法律关系具有私法

和公法相结合的性质，它是调和自由和安全两种价值冲突的产物。私法以意思自治为中心，电子商务法中的电子商务交易法律关系体现了交易主体的意思自治，具有私法的性质。但是，在互联网上进行交易又需要安全，而安全可以通过国家的必要干预及网络经营商的技术措施来实现，所以电子商务法律关系又具有公法的性质。

电子商务的法律规范既有强制性规范，又有任意性规范。任意性规范主要体现在电子商务交易法中，它给予交易主体以充分的选择权，体现了当事人的意思自治。而强制性规范表现为其要求当事人必须在法律规定的范围内为或不为一定的行为，违反这种规定就要受到国家强制力的制裁。因此，从这个意义上讲，电子商务法律关系具有私法和公法相结合的性质。

违反电子商务法的法律责任不但有民事责任，还有行政责任和刑事责任。各种计算机或网络犯罪都可能给电子商务活动造成巨大损害。我国刑法规定了四种计算机犯罪，给通过计算机信息网络破坏电子商务活动的犯罪分子以有力的刑事制裁，这也是电子商务法律关系融私法和公法于一身的表现。

（2）电子商务法律关系主要是制定法规范。电子商务法的表现形式是制定法，大陆法系国家是以制定法为其传统、以判例法为特点的。英美法系也逐渐朝着制定法和判例法相结合的方向发展。现在美国正在着手制定有关电子商务的成文法，而联合国贸易法委员会制定《电子商务示范法》也是以制定法的形式表现出来的。可见，以制定法的形式规范电子商务法律关系也是大势所趋。

（3）电子商务法律关系具有突出的国际性。电子商务是一种世界性经济活动，它的法律框架也不应只局限在一国范围内，而应适用于国际间的经济往来，得到国际间的认可和遵守。一种成功的电子交易总是需要参与交易的个人、公司或政府之间签订一个合同，以明确彼此之间希望得到的利益，明确实施合同所必须承担的义务。只有当各国政府、各个公司和其他经济组织都认为电子商务与传统的面对面交易或合同交易活动具有同样的确定性时，全球电子商务才能发挥其全部潜能。所以，电子商务法律关系具有突出的国际性特点。

1.3.2 电子商务法律关系的构成要素

电子商务法律关系的构成要素是指构成电子商务法律关系所不可缺少的必要组成部分，即电子商务法律关系的主体、电子商务法律关系的客体、电子商务法律关系的内容。电子商务法律关系的这三个构成要素必须同时具备，缺一不可，否则就不构成电子商务法律关系。如果变更其中的某一个要素，便会引起电子商务法律关系的变化，将不再是原来意义上的电子商务法律关系。

电子商务法律关系的主体是指电子商务活动的参与者或者当事人。

电子商务法律关系的客体是指电子商务活动的主体所享有的权利和所承担的义务所共同指向的对象。

电子商务法律关系的内容是指电子商务活动的参与者或者当事人所享有的权利和所承担的义务或责任。



1. 电子商务法律关系的主体

法律法规对电子商务调整形成的法律关系中,其主体是法律关系的参与者,是法律关系中权利的享有者和义务的承担者。享受权利的一方称为权利人,承担义务的一方称为义务人。

电子商务法律关系的主体包括以下几类:电子商务交易者,电子商务服务者,电子商务认证机构,电子商务监管者。

(1) 电子商务交易者。它是指某一商品或服务直接进行交易的双方,也就是通常所说的买方和卖方,如电子商务销售、服务企业和电子商务消费者等。但是,在线交易不同于现实交易,它不仅表现在运行的环境和使用的手段不同,而且表现在网上交易主体具有“虚拟性”。而电子商务法的重要任务就是要确保网上交易主体的真实存在,并具备从事相应在线交易的资质。

(2) 电子商务服务者。它是指为电子商务交易活动顺利进行提供各种服务的机构,如网络基础设施的建设与服务机构、金融机构、物流配送企业等。这些机构在买卖双方的交易活动中发挥着重要作用,缺少了这些服务机构,电子商务活动就无法真正开展。电子商务服务者分为两个层次:基础层和应用层。处于基础层的是交通运输业、金融业和电信业,它们提供的是进行电子商务交易活动所必需的基础条件,成为实现电子商务交易的基础设施。处于电子商务服务应用层的是为进行电子商务交易提供技术支持的有特色的网络服务行业,即网络服务商。常见的网络服务商有网络服务提供商(ISP)、网络接入提供商(IAP)、在线服务提供商(OSP)、网络平台提供商(IPP)、网络设备提供商(IEP)、网上媒体提供商(IMP)、应用服务提供商(ASP)、网络内容提供商(ICP)等。

(3) 电子商务认证机构。电子商务认证机构是在电子商务交易过程中,包括电子支付过程中为交易双方提供验证的第三方机构。它由一个或多个用户信任的、具有权威性的组织实体管理。它不仅要对进行电子商务交易的买卖双方负责,还要对整个电子商务的交易秩序负责。

在我国,认证机构应是企业法人,其设立与经营应当符合《公司法》的规定,同时还应符合特殊行业的基本要求。就认证机构的发起人而言,它一方面必须能承担因认证机构业务而产生的财产责任;另一方面,又必须具有从事信用服务的素质或资格。例如,美国犹他州《数字签名法》规定,认证机构的发起人必须为律师或金融机构、信托公司或保险公司等具有良好信誉和资质之人。

对于认证机构,还应规定行业审批制度。认证机构在申请成立时应向有关部门提交有关材料,如申请报告、可行性方案、验资证明、国家密码管理部门的批准材料、国家安全测评机构的鉴定材料等。

(4) 电子商务监管者。电子商务监管者是对电子商务活动的开展进行监督和管理的政府职能部门。电子商务的参与者众多,分工不同,职能各异,为保证电子商务的顺利开展,就需要对各参与者的资格、职能、行为等通过制度的方式加以规范。一般来说,监管者不能同时成为服务者,而且特定服务者不能拥有垄断地位。

中国人民银行是国家的金融监管部门,它对电子商务的监管涉及电子货币发行管理、金融认证管理、电子货币工具管理、安全电子交易管理、电子货币运行监控管理等,尤其



是它要参与并主导全国性金融认证体系 CA (Certificate Authority)，对所有的认证中心进行分级严格管理，有效防范金融伪造、诈骗、洗钱等非法活动。

2. 电子商务法律关系的客体

电子商务法律关系的客体是指经济主体享有的经济权利和承担的经济义务所指向的对象。它是经济法律关系中的重要因素。客体是确立权利义务的性质的内容的客观依据，客体的确立和转移是经济法律关系形成和实现的客观标准。

电子商务法律关系的主体相互之间，为达到一定的经济目的而形成了相应的法律关系。这种经济目的就是电子商务法律关系的客体。如有的是为了取得一定的财物，有的是为了提供一定的劳务或者完成一定的工作，有的是为了获得一定的智力成果等。

(1) 有形商品和无形商品。电子商务法律关系的客体是与电子商务活动有直接关系的物，包括有形商品和无形商品，即传统商务中的商品与服务，通过网络实现交易。它们具有传统民商法中的物的特点。

(2) 网上商务行为。网上商务行为包括上传、下载行为，广告，拍卖行为，招标与投标，信息服务等。

(3) 智力产品和无形财产。智力产品和无形财产是企业在长期的经营实践中不断积累而形成的无形资产，如商誉、商标权、专利权、著作权、商业秘密与专有技术等。

3. 电子商务法律关系的内容

电子商务法律关系的内容包括交易双方当事人享有的权利和承担的义务。

电子商务法律关系主体享有的权利有：

(1) 电子商务销售和服务企业的权利。电子商务销售和服务企业（以下简称商家）在电子商务法律关系中，除享有传统商务中卖方的权利以外，在电子支付中享有两项基本权利：获取支付价款的权利，即商家根据其与消费者订立的买卖合同享有通过电子方式得到支付的权利；得到通知的权利，即商家根据消费者与银行间的金融服务合同享有从金融机构处得到通知的权利。

(2) 消费者的权利。消费者在电子商务法律关系中，除享有传统商务中买方的权利外，在电子支付中消费者有权要求接受银行按照指令的时间及时将指定的金额支付给收款人。如果接受银行没有按指令完成义务，消费者有权要求其承担违约责任，赔偿因此造成的损失。

(3) 网络服务商的权利。网络服务商享有自主经营权、法定财产权、获得报酬权、网页及其他电子作品著作权等。

(4) 金融机构的权利。

① 接受或拒绝支付指令的权利。在电子支付中，金融机构（银行）可以接受指令人的支付指令，也可以拒绝支付指令，或者要求指令人修正其发出的无法执行的、不符合规定程序 and 要求的指令。例如，在银行不了解付款人，同时也未持有来自付款人的存款时，便可以拒绝付款人发出的支付指令。银行决定接受还是拒绝支付指令，在一定程度上是一种判断信用的过程。

② 要求付款人或者指令人按时存足所指令的资金并承担因支付而发生的费用的权



利。付款人或者指令人账户没有足额资金，金融机构有权要求其及时补足；只要能证明由于指令人的过错而致使其他人假冒指令人通过了安全程序和认证程序，就有权要求指令人承担指令引起的后果。

(5) 认证机构的权利。

① 发放证书。用户认证证书的发放是应证书申请人的请求进行的，认证机构在收到申请后，经审查符合条件的，可以发放证书。

② 中止证书。认证机构对已经发生或可能发生的影响认证安全的紧急事件，应采取暂时阻止证书的使用。中止证书是应用户的请求或根据有关法律文件作出的，认证机构发现发放的证书可能存在虚假的情况时也可以中止证书，以确定情况是否属实。中止证书不能超过规定的时间。其他情况下，认证机构不得自行中止证书，除非当事人另有约定。认证机构在中止证书的同时应当在信息公告栏和可查询之处予以公告，并通知有关当事人。

③ 撤销证书。认证机构在用户的主体资格或行为不符合认证机构的规定时，应当终止用户证书的效力。撤销证书可以是基于当事人的请求或法律文件的规定，也可以是认证机构的决定，同时应公开相关信息。

④ 保存证书。认证机构在证书有效期满或撤销后，应当将证书保存并允许查询。认证机构应保存其颁发和任何吊销或撤销证书的记录，认证机构应尽合理的注意义务，并根据证书上建议的可靠限制，保证记录的安全。

电子商务法律关系主体承担的义务有：

(1) 电子商务销售和服务企业的义务。商家在电子商务法律关系中，除需承担传统商务中卖方的义务外，由于电子商务的特殊性，还需在电子支付中扮演收款人的角色，因此，商家在电子支付中具有特别的法律地位。在电子支付法律关系中，收款人虽然是一方当事人，但由于他与指令人、接受银行并不存在支付合同上的权利和义务关系，因此收款人不能基于电子支付行为向指令人或接受银行主张权利，收款人只是基于和付款人之间的基础法律关系与付款人存在电子支付权利义务关系。

(2) 消费者的义务。消费者在电子商务法律关系中，除需承担传统商务中买方的义务外，在电子支付中的义务可以归纳为以下几项。

① 签发正确的支付指令，并按照接受金融机构的程序，检查指令有无错误和歧义，并有义务发出修正指令，修改错误或有歧义的指令。

② 支付的义务，即一旦向接受银行发出指令后，自身也受其指令的约束，承担从其指定账户付款的义务。

③ 在符合商业惯例的情况下，接受认证机构的认证义务。

④ 不得以易于识别的方式记录其个人识别码或其他密码的义务。

⑤ 挂失和通知的义务。消费者在知晓下列情况时应当立即通知发行者或发行者授权的人：电子支付工具或电子支付工具使用方式丢失或被窃；其账户上出现未经授权的交易记录或者其他异常情况。

(3) 网络服务商的义务。国务院 2000 年 10 月 1 日颁布的《互联网信息服务管理办法》(以下简称《办法》)规定了网站的基本义务。这些义务大致可分为两方面：一是服务行为合法义务；二是保证信息内容合法义务。这两项义务是基于网站作为一种新型媒体对

社会公众应当承担的义务。

① 服务行为合法义务。网站（网络信息服务提供者）首先应当按照经营许可范围提供服务。《办法》第十一条规定，互联网信息服务提供者应当按照经营许可或者备案的项目提供服务，不得超出经营许可或者备案的项目提供服务。《办法》第十二条明确规定，互联网信息服务提供者应当在其网站主页的显著位置标明其经营许可证书号或者备案编号。这一规定实际上要求网站公示其服务身份的合法性。如果没有这样的公示，那么其身份就不合法，消费者不宜接受这些网站的服务，否则正当的权益可能得不到法律的保护。《办法》第十四条规定了网站在从事特殊服务项目中要求有登记备案的义务。根据该条规定，从事新闻、出版以及电子公告等服务项目的互联网信息服务提供者，应当记录提供的信息内容及其发布的时间、互联网地址或者域名、主叫电话号码等信息。这些记录备份应保存60天，并在国家有关机关依法查询时予以提供。

② 保证信息内容合法义务。《办法》第十三条规定：“互联网信息服务提供者应当向上网用户提供良好的服务，并保证所提供的信息内容的合法性。”这一条有两层含义。一层含义是规定信息服务提供者应当履行的一般性义务，即提供良好的服务。至于什么是良好的服务，需要根据具体情况具体分析，至少要包括在现有技术范围内一般网站所能做到的水平。另一层含义是网站应保证提供的信息内容的合法性。要求服务提供者提供的信息不包含《办法》规定的不合法信息。

（4）金融机构的义务。

① 审查客户的指令是否为一项合法、有效的支付指令，支付方式是否正确。

② 按照指令人的指令完成资金支付。

③ 信息公开和详尽告知的义务。

④ 建立并遵守电子支付的安全程序。为了防止未经授权的人向银行传送电子信息，通常的做法是银行和客户约定建立安全程序。所谓安全程序是指客户与银行之间约定使用的密码或其他有效的身份认证手段。

⑤ 保留电子支付过程中相关的交易记录。国内外有关电子支付和电子货币的立法均将保留电子支付中相关的交易记录规定为金融机构的一项基本义务。例如，美国的《电子资金划拨法》规定，所有的电子资金划拨的书面记录必须至少保存两年；欧盟委员会《电子支付工具指令》规定，交易记录必须被保存足够长的时间；我国央行在《关于试行电子计算机记账过程中有关会计档案保存问题的复函》中规定，在试行电子计算机记账过程中，都应保存手工记账的全部会计档案。

⑥ 回赎其发行的电子货币。作为电子货币的发行人，金融机构有义务按照与持有者之间合约所载明的回赎条件，在有效期内以法定的或者某种可以自由兑换的货币赎回电子货币，并且除操作中必要的花费之外免费将资金划入电子货币持有人账户中。

（5）认证机构的义务。

① 信息披露义务。鉴于认证机构的公信力及其信用服务，认证机构应当向全社会公开其从业资格、重要的业务记录，以便受到公众的监督并获得公众的协作。

② 说明义务。该义务要求认证机构公开其工作流程、为用户提供的服务及服务内容。认证机构在其业务说明中应注意行业政策和习惯，并严格遵守其说明，保证包括证书在内的重要陈述具有准确性和完整性。



③ 保险义务。认证机构是一个高风险的行业，既面临着内部人员操作错误甚至恶意操作等带来的风险，又必须提防外部攻击；技术的进步也会导致机构业务发生重大变化，而且一旦发生风险往往超出认证机构本身的控制。因此，为了减少认证机构的风险和稳定交易秩序，有必要施以认证机构参加责任保险的义务。

④ 保密义务。认证机构在承担信息披露义务的同时，为保护用户合法利益，认证机构还应承担保密义务。

⑤ 担保义务。认证机构一旦将证书发放给用户，就承担着担保证书所述信息真实的义务。这里的真实是指认证机构在证书发放时依法对用户提供的身份状况等情况予以审查，不存在认证机构明知或应知是虚假信息的情况。同时，该义务要求认证机构没有超过其许可的限额。担保义务不仅仅针对证书持有人，也适用于证书信赖人。

1.3.3 电子商务法律关系的分类

1. 电子商务交易法律关系

(1) 电子买卖合同关系。电子买卖合同关系是电子商务交易双方在市场交易中产生的法律关系，它与传统的合同关系没有什么本质的不同，但电子买卖合同的订立过程及其他形式要件却与传统合同关系区别明显。

(2) 电子服务合同关系。几乎任何一个网站经营者，均可以向网络用户提供信息展示、传输、存储、交流等服务。网站与用户之间的这种服务关系特指用户与网站之间建立的固定的长期服务关系，因而在他们之间存在一些权利与义务关系。例如，电子邮件系统的用户与网站经营者之间的关系，因服务合同或者购物或接受服务而填写的各种表格均可成立网站与用户之间的法律关系。这里网站与用户之间信息发布、传递、交流等服务关系，在提供服务的一方和接受服务的一方之间必然存在着合同关系。这种合同关系，属于非典型契约，可以称之为网络用户服务合同。网站与用户之间的法律关系，是一种服务合同关系。

(3) 互联互通合同关系。互联互通合同关系是互联网接入服务商与互联网内容信息服务商之间的接入服务权利与义务的关系。例如，经营各门户网站的互联网内容信息服务商与中国电信互联网接入服务商之间的接入服务合同关系。这种关系的性质主要属于平等主体间的关系，但也具有一定的行业管理性质。

2. 电子支付法律关系

电子支付涉及的当事人有以下四个方面。

(1) 付款人。电子支付中的付款人，通常为消费者或买方，其与商家、金融机构（银行）间存在两个相互独立的合同关系：一是消费者与商家订立的买卖合同关系；二是消费者与银行间的金融服务合同关系。

(2) 收款人。接受付款的人，通常为商家或卖方。在电子支付中，收款人同样也存在两个相互独立的合同关系：一是与消费者的买卖合同关系；二是与金融机构（银行）的金融服务合同关系。

(3) 金融机构（银行）。它是电子支付中的信用中介、支付中介和结算中介，其支付的依据是基于银行与电子交易客户所订立的金融服务协议或者是基于委托代理关系。在电子支付系统中，银行同时扮演发送银行和接受银行的双重角色。

(4) 认证机构（CA）。在线电子支付中，认证机构为参与电子商务各方的各种认证要求提供证书服务，建立彼此的信任机制，使交易及支付各方能够确认其他各方身份。

3. 电子认证法律关系

围绕认证证书这个核心形成了两种法律关系。

(1) 认证机构与证书持有人之间的关系。认证机构提供证书服务，目的是表明证书持有人身份信息的真实性，让其他网络主体相信自己，同时也可以了解证书持有人的真实身份。这是建立网络商事关系的前提。可以说认证机构与证书持有人之间是一种认证服务合同关系。它除了具有合同的一般法律特点，如双务、有偿等之外，还具有最大诚信、承诺的特点，同时它属于无名合同。

(2) 认证机构与证书信赖人之间的关系。所谓证书信赖人是指由于相信认证证书的记载而相信证书持有人的身份真实，从而与之进行商事交易的人。证书信赖人有以下三种情况：一是信赖人与被信赖人都是同一认证机构的用户，都持有电子证书；二是信赖人与被信赖人虽然都持有电子证书，但是由不同的认证机构发放的；三是信赖人不持有任何电子证书。第一种情况，信赖人与认证机构存在认证服务合同，具有合同关系；第二种和第三种情况，信赖人与认证机构之间没有合同，纯粹是基于对认证机构的信任而相信证书持有人。但是不论属于何种情况，对认证机构的信赖始终是存在的。可以说，他们之间的关系应是一种法定信赖利益关系，其权利、义务和责任应当由法律作出规定。

4. 监管法律关系

监管法律关系是在电子商务活动中形成的政府监管部门与其他电子商务法律主体之间的关系，包括工商管理部门与电子商务企业的关系，信息产业部门与网络服务商的关系，央行与电子货币发行机构的关系等。

1.4 电子商务立法

全球电子商务立法，是近几年世界商事立法的重点，电子商务立法的核心，主要围绕电子签章、电子合同、电子记录的法律效力展开。据不完全统计，目前世界上至少有 40 多个国家与地区已经制定、颁布了实质意义上的电子商务法。

1.4.1 国外电子商务立法

1. 国际组织的电子商务立法

在国际组织方面，自 1985 年至今，联合国国际贸易法委员会（简称贸法会）主持制定了一系列调整国际电子商务活动的法律文件。1996 年 12 月，联合国大会决议通过了《电



子商务示范法》。它是经众多的国际法律专家多次集体讨论后制定的，意在向各国政府的执行部门和议会提供电子商务立法的原则和框架，尤其是对以数据电文为基础的电子合同订立和效力等作出了开创性规范，它是世界上第一部电子商务国际基本法，给各国电子商务立法提供了框架和示范文本。

1999年9月17日，贸法会电子商务工作组颁布了《电子签字统一规划（草案）》，旨在解决阻碍电子交易形式推广应用的基础性问题——电子签名及其安全性、可靠性、真实性问题。草案提出了电子签字与强化电子签字的概念，并对电子签名、认证证书、认证机构等做了规范。2001年3月23日，联合国正式公布了《电子签字示范法》。这是继《电子商务示范法》后又一部里程碑式的电子商务国际法。

1997年7月美国政府正式发布“电子商务政策框架”，世界经合组织OECD于1998年10月在加拿大渥太华召开了第一次以电子商务为主题的部长级会议，会议名称为“一个无国界的世界，发挥全球电子商务的潜力”。会议通过了三个具体的实施宣言和一个实施报告，即《在全球网络上保护个人隐私宣言》、《关于在电子商务条件下保护消费者的宣言》、《关于电子商务身份认证的宣言》以及名为《电子商务：税务政策框架条件》的报告。渥太华会议是迈向全球电子商务的里程碑，推动了电子商务的全面发展，促进了国际政策的进一步协调，为各种经济体充分利用新的电子平台提供了广阔的空间。

世界贸易组织于1997年达成三个协议，分别是《全球基础电信协议》、《信息技术协议》和《开放全球金融服务市场协议》，还对贸易领域的电子商务立法提出了工作计划。

欧盟作为国际区域组织也十分重视电子商务立法。1997年提出《关于电子商务的欧洲建议》、《欧盟电子签字法律框架指南》、《欧盟隐私保护指令》和《数字签名统一规则草案》。这些对欧洲各国的电子商务立法及各国间电子商务活动的开展具有重要的指导作用。

2. 欧洲地区电子商务立法

俄罗斯是世界上最早进行电子商务立法的国家，1994年俄开始建设俄联邦政府网，1995年俄国家杜马审议通过了《俄罗斯信息、信息化和信息保护法》；1996年通过了《国际信息交流法》；2001年通过了《电子数字签名法》草案，规定了国家机构、法人和自然人在正式文件上用电子密码进行签名的条件、电子签名的确认、效力、保存期限和管理办法等。

欧洲联盟始终将规范电子商务活动作为发展电子商务的一项重要工作，为此欧洲联盟制定了一系列有关电子商务发展的规范和相关的法律制度。欧盟于1997年提出《欧洲电子商务行动方案》，为规范欧洲电子商务活动制定了框架，1998年颁布《关于信息社会服务的透明度机制的指令》。1999年年末，欧盟制定《电子签名统一框架指令》，该指令由15个条款和4个附件组成，主要用于指导和协调欧盟各国的电子签名立法。2000年，欧盟将电子商务立法作为它启动欧洲网络经济发展的重要环节，在布鲁塞尔-罗马条约中讨论了合同法、网上争端解决办法等立法程序。

此外，还有德国1997年的《信息与通用服务法》，意大利1997年的《数字签名法》，法国2000年的《信息技术法》等。2001年2月16日，德国议员投票通过了使电子签名具有与手写签名同样的法律效力的议案，使德国成为第一个电子签名合法化的欧洲国家。2002年8月16日，波兰电子签名法正式生效，电子签名在波兰将与书写签名具有同等的

法律效力。

3. 北美洲、澳大利亚电子商务立法

美国是电子商务的主导国家，其电子商务政策、法律也走在世界前列，对各国的电子商务政策和法律制定产生了重要影响。1994年1月，美国宣布国家信息基础设施计划。1995年5月1日，犹他州率先公布了《数字签名法》，这部法案是世界上最先授权使用数字签名的法案；1997年在统一商法典中增加了两章：电子合同法和计算机信息交易法；1998年作出进一步的修改。

1997年7月1日，美国颁布《全球电子商务统一框架》，正式形成美国政府系统化电子商务发展政策和立法规划。美国统一州法委员会1999年7月通过了《统一电子交易法》，现在已经为大多数州批准生效。2000年9月29日，又发布了《统一计算机信息交易法》，并向各州推荐采纳。另外，2000年颁布《国际与国内商务电子签章法》。20世纪末，美国已有44个州制定了与电子商务有关的法律。

1999年加拿大制定了《统一电子商务法》，正式承认数字签名和电子文件的法律效力。此后，通过制定具体的政策、法规，实现电子商务的发展，通过及时更新法律法规，消除电子商务的障碍。与此同时，加创立了世界上第一个全国性研发高速光纤网络，率先实现了国家所有的学校与图书馆全部联机。

1999年澳大利亚颁布了《电子交易法》，确定了电子交易的有效性，并对适用范围进行了适当限制。对“书面形式”、“签署”、“文件之公示”、“书面信息的保留”、“电子通信发出、接收的时间和地点”、“电子讯息的归属”进行了规定。

4. 亚洲地区电子商务立法

新加坡是世界上积极推广电子商务的国家之一。早在1986年新加坡政府就宣布了国家贸易网络开发计划，1991年全面投入使用EDI办理和申报外贸业务。1998年制定了《电子交易法》，并逐步建立起完整的法律和技术框架。

马来西亚是亚洲最早进行电子商务立法的国家。20世纪90年代中期提出建设“信息走廊”的计划，1997年颁布了《数字签名法》，该法采用了以公共密钥技术为基础并建立配套认证机制的技术模式，极大地促进了电子商务发展。

韩国于1999年颁布的《电子商务基本法》是最典型的综合性电子商务立法。该法包括：关于电子信息和数字签名的一般规定；电子信息；电子商务的安全；促进电子商务的发展；消费者保护及其他；对电子商务的各方面作出基础性的规范。此外，韩国还制定了《电子签名法》。

印度1998年推出《电子商务支持法》，并在2000年针对电子商务的免税提出实施方案，促进了信息产业和相关产业的持续增长。

2000年6月，日本政府颁布《数字化日本之发端——行动纲领》，其中对电子签名做了明确规定。该纲领建议立法要点包括：明确“电子签名”的法律地位，保障“电子签名”所使用技术的中立性等。日本2000年制定的《电子签名与认证服务法》，主要的篇幅用于规范认证服务，从几个方面对认证服务进行了全面细致的规定；该法还明确了指定调查机构的权利与义务，形成了独特的监管模式。



中国香港 2000 年颁布了《电子交易条例》。中国台湾 2001 年制定了《电子签章法》。

《中华人民共和国电子签名法》在 2004 年 8 月 28 日第十届全国人大常委会第十一次会议上表决通过，2005 年 4 月 1 日起施行。该法共五章三十六条，赋予电子签名与手写签名或盖章具有同等的法律效力，明确了电子认证服务的市场准入制度，对中国电子商务的发展必将产生重大的影响。

1.4.2 国际电子商务立法的启示

1. 立法的主要模式

(1) 修改适用模式。依赖于网络、信息的电子商务在 20 世纪 90 年代以后迅速成为经济社会活动中的热点问题，大量的资本、人力进入这一领域，人们在比较中寻求和探索电子商务的有效发展形式及规范模式。现行的法律体系主要是以传统的社会行为与商业活动形态为调控对象。虽然电子商务的许多活动似乎大都可以在传统法律中找到依据，如电子合同订立、电子合同效力、电子支付中消费者保护、网络知识产权保护等，这些规定完全适合电子商务，但又存在许多难以解决的问题。为此，许多国家为调整快速兴起和发展的电子商务活动，要么修改已有的法律规定，要么在已有的法律中增加相应的补充规定，从而使现有的法律体系一方面基本形式、架构得以保持，另一方面又较好地适应了电子商务活动初步获得法律规制的需要。

(2) 专门立法模式。对电子商务进行法律规范虽然可以通过法律的修改补充来完成，但两套相差甚远的概念、制度放置于一部法律中，总显得格格不入，难以保持一部法律的完整性和相互协调运作。更何况，随着电子商务在全球经济、社会生活中的地位不断提升，影响力不断增强，靠修修补补的立法规范已难以满足电子商务发展的要求。因此，许多信息技术相对发达、电子商务发展较快的国家，在电子商务实践的基础上陆续针对电子商务的各方面问题，制定、颁布了专门法律。美国、新加坡、阿根廷、韩国等是这一模式的代表。专门立法的优点是：一是可以集中解决电子商务的新情况、新问题，立法效率较高；二是可以较好地与现有法律相互协调，同时保持了电子商务的相对独立性。

(3) 政策为主，立法缓行模式。电子商务作为新兴的商业模式，许多问题还处于未定状态，包括技术问题、认证问题、信息数据的证据力问题、侵权责任认定问题等，而且这些问题的解决有赖于电子商务的进一步深入发展和各方面经验的积累。但许多国家经济较落后或电子商务刚兴起，对电子商务诸问题的认识不深或更多地来源于其他国家的介绍，缺乏本国的经验累积。在此情况下比较适合先用较灵活的政策去引导电子商务的发展，待各方面条件成熟后再自行制定电子商务法律和法规。实际上，在美国、日本、加拿大、法国等国家电子商务发展的早期，也持这种观点。目前，世界各国电子商务立法进程较慢，而以政策为主导的国家主要是一些电子商务发展较慢的国家。

2. 立法的原则

(1) 促进电子商务发展的原则。立法是为电子商务发展排除障碍。传统的法律在许多方面不仅不适应电子商务的快速发展和需要，而且客观上阻碍着电子商务的快速发展。

例如，传统的合同法认为合同应从双方当事人手书签名时生效，但电子商务交易合同就无法手书签字，那么是否电子合同就不具有效力呢？传统证据法认为书面证据应有原件，那么是否电子记录的证据就无效呢？所以各国在制定电子商务法时十分重视对现有法律法规中不适应电子商务发展要求的内容进行修改、补充，实际上正是在排除传统法律体系和法律规范中阻碍电子商务发展的内容。

立法是为电子商务发展提供法律依据。电子商务的持续发展有赖于法律的规制。法律规制的目的是促进电子商务在协调有序运作中获得持续发展，而不是限制其发展。所以各国十分重视电子商务的创新立法，制定了许多专门的法律，为飞速发展的电子商务提供法律上的依据和支持。

（2）技术中立原则。立法应排除具体技术的影响。电子商务依托的技术数量众多，不同的技术产品质量及应用效能应通过市场竞争来验证。国家在制定电子商务法时主要是创造宽松的法律环境，规范各类竞争行为，而不应直接对具体技术进行许可，将某一技术标准确认为法律规范。当然在涉及国家安全或国家整体利益时，可立法将特定的安全技术或其他技术法律化。

立法应为各种技术的发展预留空间。支撑电子商务实施的各项技术只是目前人们开发的相对成熟的技术。实际上，许多技术在应用中仍存在速度、安全、认证等问题。这就要求各国立法中应为新技术的不断开发和应用创造可能的法律条件，而不应禁锢现有技术的进一步开发和完善。特别是在电子商务立法中不应应对不同的技术作区别性的对待。

（3）全球协调一致原则。电子商务具有全球化特征，不论是商业信息的发布、交易的实施，还是争议的管辖与解决，均应在全球的视野中进行思考。由此，决定电子商务立法首先要考虑与国际组织及有关国家已有立法内容的协调一致，以便与国际接轨。在电子商务发展中应积极参与电子商务“游戏规则”的制定，以使本国占据主动地位。1996年联合国贸法会颁布《电子商务示范法》后，各国电子商务立法受到很大影响。美国作为网络和电子商务发展最快的国家，它制定的许多电子商务发展原则和法律制度，对其他国家立法产生了重大导向作用。当然，电子商务立法在考虑全球相互借鉴和协调一致的同时，也要根据本国的法律传统、电子商务发展状况等因素，在某些方面（如安全保护、消费者权益、产品质量、广告等）创制本国特色的新规范。

3. 立法的特点

信息技术革命所引起的电子商务立法在一定程度上与以往传统的立法形式有所不同。其特点表现如下。

（1）立法的速度快、周期短。从1995年俄罗斯的《联邦信息法》、美国犹他州的《数字签名法》开始，在短短10年间，已有几十个国家和地区以及国际组织制定了相关的电子商务法。电子商务的变化速度、尚未成熟的现实状态及难以预测的未来风险，使其立法出现了高效的奇迹，这在世界立法史上都是极为罕见的。

（2）立法的范围广、跨度大。电子商务法的关键性问题，涉及了多个法学部门和学科领域，其实质是把某一层次的技术全面地应用到社会生产和生活的各个层面，在总体上将这种互联网上的革命认知为一项社会系统工程，并为推进这一工程建立起可靠的保障，由此使得立法的范围、立法的模式发生了巨大的变化。



(3) 立法的实践强、次序变。行业互联网向社会互联网的转变,促使互联网的发展正在从技术推动变为应用推动,迫使电子商务的立法侧重于法律的适用性、衔接性和实践性;这种转变又加速了电子商务全球规则的问世,由此造就了国际立法先于各国国内立法的奇特现象。

(4) 立法的不平衡、差距大。发达国家和发展中国家的电子商务鸿沟,显示出世界电子商务发展的不平衡。目前,已形成以美国为首,欧洲和亚洲国家为主的国际电子商务格局,使得非洲、拉丁美洲地区处于落后的地位,由此加剧了南北差距。为此,只有全球合作,投资发展中国家的 IT 基础设施,才能使其从电子商务中受益。

总之,电子商务是未来世界经济发展的潮流,在不断完善电子商务立法的同时,如何实施和运用电子商务法已经成为国际社会的当务之急。

1.4.3 我国电子商务立法的现状

1. 法律——主要是对传统法律的修改、补充

我国(本文特指中国大陆地区)从 20 世纪 90 年代后期开始重视电子商务的立法活动。1999 年 3 月 15 日颁布的《合同法》中,第十一条规定了数据电文合同是书面合同之一;第十六条和第三十四条分别规定了采用数据电文形式订合同的成立时间和地点。

2001 年 10 月 27 日修订的《著作权法》第十条确认著作权人享有作品的信息网络传播权;第四十一条确认录音录像制作者享有信息网络传播权和获取报酬权;第四十七条规定未经著作权人许可,通过信息网络向公众传播其作品应承担侵权责任。

1997 年,我国《刑法》第二百八十六条规定了破坏计算机信息系统功能的犯罪,破坏计算机系统数据 and 应用程序的犯罪等。2000 年 12 月 28 日,第九届全国人大常委会通过了《全国人民代表大会常务委员会关于维护互联网安全的决定》,将网络犯罪的适用范围进一步扩大。

2004 年 8 月 28 日通过、2005 年 4 月 1 日起施行的《中华人民共和国电子签名法》,全文约 4500 字,共五章三十六条,分为总则、数据电文、电子签名与认证、法律责任、附则。

2009 年 2 月 28 日中华人民共和国第十一届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过了《中华人民共和国刑法》修正案(七)——非法获取个人信息罪,并自 2009 年 2 月 28 日起施行。

2009 年 12 月 26 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过的《中华人民共和国侵权责任法》自 2010 年 7 月 1 日起施行。

2. 行政法规和法规性文件

1991 年至今,国务院制定的与电子商务有关的法规和文件有近 20 部,其中主要有《计算机软件保护条例》(2001)、《电信条例》(2000)、《互联网信息服务管理办法》(2000)和《计算机信息系统安全保护条例》(1999)等。

3. 部门规章、行业规范和相关文件

国务院所属的各部、局、署、组均从行业管理或全面管理的需要出发，自20世纪90年代以来制定了较大数量的与电子商务有关的管理办法、细则、规定、通告、通知等。

信息产业部制定了一系列有关电信、网络基础设施及其管理方面的部门规章，主要有《中国公众多媒体通信管理办法》（1997）、《互联网电子公告服务管理规定》（2000）、《中文域名注册暂行管理办法》（2000）、《电信业务经营许可证管理办法》（2001）和《电信建设管理办法》（2002）。2004年12月20日新出台了《中国互联网络域名管理办法》。2005年信息产业部先后发布了以下规章：《互联网IP地址备案管理办法》，2005年1月28日发布、自2005年3月20日起施行；《电子认证服务管理办法》，2005年2月8日发布、自2005年4月1日起与《中华人民共和国电子签名法》同步施行。

我国第一部网络著作行政管理规章《互联网著作权行政保护办法》已于2005年4月30日发布，5月30日起正式实施。

此外，公安部制定了一些有关信息、网络安全与防治方面的规章，主要有《计算机系统安全专用产品分类原则（A163—199）》（1997）、《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》（1997）、《计算机病毒防治管理办法》（2000）等。还有中国人民银行制定了《网上银行业务管理暂行办法》（2001）；国家药品监督管理局制定了《互联网药品信息服务管理暂行规定》（2001）。

中国银监会于2005年6月7日公布了电子银行方面的两份征求意见稿，分别是《电子银行业务管理办法（征求意见稿）》和《电子银行安全评估指引（征求意见稿）》。

公安部、信息产业部、文化部、新闻出版总署于2007年1月25日联合发布《关于规范网络游戏经营秩序查禁利用网络游戏赌博的通知》。

2010年1月18日最高人民法院审判委员会第1483次会议、2010年1月14日最高人民检察院第十一届检察委员会第28次会议通过的《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》，自2010年2月4日起施行。这一司法解释针对利用互联网、移动通信终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事犯罪及其利益链条等问题，进一步明确了相关刑事案件法律适用标准。

4. 地方性法规

各地根据本省市的电子商务发展状况也相继颁布了一些地方性法规，最具代表性的是网络普及程度较高、电子商务发展较快的北京市、广东省、上海市制定的相关地方性法规。其中，2002年11月广东省人民代表大会通过的《广东省电子商务交易条例》，是目前我国最早一部电子商务交易地方基本法，它是全国各省市电子商务立法的重要范本。

近年来，我国不少省市相继出台了有关电子商务的地方性法规，如《大连软件及信息服务业个人信息保护规范》（试用版）从2006年4月1日发布以来，其内容不断地修改与完善。经大连软件行业协会个人信息保护工作委员会讨论通过，于2007年2月5日，正式发布《大连软件及信息服务业个人信息保护规范》。修改后的《规范》增加了个人信息保护方针、个人信息公示、委托监督、紧急事态的预防与处理等相关内容，并对文字和词



语上做了部分修改和完善。

辽宁省《个人信息保护规范》，于2008年6月16日正式发布，2008年7月16日实施。该标准是又一部关于个人信息保护的标准，这也是我国第一部全社会跨行业的个人信息保护标准。

2009年10月22日北京市出台了《北京市网络与信息安全事件应急预案》。

但是，这些涉及电子商务的法律法规远不能满足电子商务交易活动的需要。目前我国电子商务立法的现状是，法律规范和主管部门不明确，各种管理部门对有关互联网经营活动的不同方面都在进行管理，职能重叠，界定不清。虽然信息产业部负责对整个信息产业包括互联网进行全面管理，但实际上，当互联网活动的内容涉及其他管理部门的职能时，这些部门也对互联网和电子商务经营活动进行管理。例如，文化部对音像制品的网上经营活动进行管理；国家保密局对有关涉及国家安全问题的互联网使用进行管理。中国互联网领域的投资者往往会为管理部门的多重性和互联网经营规范的彼此冲突而感到困惑，这是亟待解决的问题。

1.4.4 我国电子商务的立法模式

我国的电子商务立法工作较之国外的电子商务立法相对滞后，在一定程度上阻碍了我国电子商务的迅猛发展。为了进一步推进电子商务向广度和深度发展，必须在全国范围内加强这方面的法律和法规建设，以建立一个适合国内和国际电子商务发展的良好环境。

1. 我国的电子商务法制环境

具体到我国的电子商务法制环境，一方面，在立法上虽有一些成就，但欠缺尚存，在一些重要的电子商务领域，如电子合同、网上支付、交易规范等方面仍旧处于法律的相对真空地带，直接阻碍我国电子商务的发展。造成这样的局面，有我们的电子商务企业对我国的电子商务立法参与不够的原因，也有我们缺乏及时把握和总结电子商务交易规则的因素。另一方面，由于法制环境不健全、安全保障不够及交易不规范等原因，使得人们对于电子商务交易的安全感、信任度较低，缺乏对于交易者、交易服务者及用户的全面有力的保障机制，侵犯交易方利益、消费者合法权益、知识产权、隐私权等现象时有发生，各方面的权利、义务与责任很不明确，制约了我国电子商务的普及、规范和发展。

虽然电子签名法已经颁布并已于2005年4月1日实施，但这部签名法对于交易规则、交易服务者的法律责任等并没有作出具体的规定，而在电子签名的使用和认可上，也都遵循了当事人意思自治为先的原则，对于交易规范和行为统一等方面的指引作用有限。

随着我国电子商务的发展，以下几个问题越来越受到关注。

- (1) 电子商务的贸易规则及电子合同规范问题。
- (2) 电子商务中的税务问题（关税和税收）。
- (3) 电子商务交易方式的标准统一问题。
- (4) 电子商务的经营许可问题（市场准入）。
- (5) 电子商务的投资融资问题。
- (6) 电子票据的认证问题。
- (7) 知识产权保护问题。

- (8) 隐私权问题。
- (9) 安全保密问题。
- (10) 网上交易的仲裁原则。

以上各个方面急需制定出相应的配套法规，以支持我国电子商务的有序健康发展。

2. 我国电子商务立法的思路

我国的电子商务立法应当有一个科学的立法规划。目前，我国还没有出台专门针对电子商务交易的法律、法规。对电子商务的立法，尤其是对交易本身的立法，一方面是有许多问题需要解决，如交易的确认、服务的规范、消费者的保护、交易平台提供者的法律责任等。另一方面则是因头绪很多、形态各异而无处着手，这种现实矛盾直接影响了我国电子商务的规范化和法制化发展。

目前要想制定一部完整全面的《电子商务法》，尚需很多方面的努力。首先可以开展立法的各项准备工作，采取“循序渐进，突出重点，先急后缓，先易后难，先单项后综合”的办法，先行动起来，在实践中摸索，在发展中完善。不具备制定法律条件的，可以先搞“行政法规”；不具备“行政法规”条件的，可以先搞“部门规章”；或者制定一些引导性政策，经过实践检验之后再通过立法程序纳入法规体系。

借鉴国外的有关经验，针对我国电子商务发展中的具体情况，电子商务立法体系应由基本的《电子商务交易法》和一系列单行的电子商务法条例、办法或规则组成。

《电子商务交易法》应由总则、电子合同、电子支付、电子认证、网络服务机构、安全保护、术语定义等几部分构成。该法应当措辞规范、逻辑严谨，以任意性规范为主，强制性规范为辅，并为电子商务单行条例、办法的制定预留空间。

目前，电子商务单行法规《中华人民共和国电子签名法》已颁布并开始实施，而且《电子认证服务管理办法》也开始与其配套实施。其他与电子商务配套的法规应主要包括以下几个方面。

(1)《电子商务准入条例》，主要规定上网交易的民事主体的资格、年检、其他条件和行为准则与责任。

(2)《安全认证办法》，主要规定认证中心的设立条件、认证的安全保障、证书的发放与收回条件、认证机构的责任等。

(3)《电子支付规则》，主要规定电子支付的方式、发卡银行的权利义务、发卡行与认证机构的关系、支付错误的法律责任等。

(4)《网络知识产权保护条例》，主要规定网络著作权、商标权、域名权的保护条件和保护方式，侵权人认定标准与责任承担等内容。除此之外，还应制定《个人隐私保护条例》、《电子商务纠纷处理条例》、《网络广告管理办法》、《特种电子商务规则》等单行法规。

《电子商务交易法》应当尽快起草、讨论、通过和颁行，而起草的单行法规可在条件成熟的基础上逐步制定颁行。只有相对独立的电子商务法律体系尽快建立起来，我国的电子商务活动才能真正具有系统、全面的法律保障。



本章小结

电子商务是商务活动的电子化、信息化和网络化。因其具有完全不同于传统商务模式的主体虚拟性、全球性和无纸性等特点,对传统法律制度造成了巨大的冲击和挑战,体现为:电子合同问题、互联网的知识产权问题、电子商务税法问题、网上支付问题、电子商务安全与隐私权问题、电子证据问题、电子商务中的广告法律问题及电子商务中的消费者权益保护问题等。

电子商务法是随着电子商务模式的普及推广而产生的一个独立的主要归属于民商法体系的法律学科。狭义的电子商务法是指调整通过计算机网络进行数据电文传递而进行商事活动所产生的社会关系的法律规范的总和。它的调整对象具体包括:电子合同关系,网上电子支付关系,网络知识产权关系,网络不正当竞争关系,网络电子消费权益保护关系,电子税收关系,网络广告、拍卖关系,网站经营知识产权关系,电子商务争议解决关系等。电子商务法的内容主要由以下四部分构成:电子商务法律基本理论、电子商务行为法、电子商务权益保障法和电子商务管制法。

电子商务法律关系,是指由相关法律法规调整的、在电子商务活动中形成的以权利和义务为内容的社会关系。具体体现为:电子商务交易法律关系、电子支付法律关系、电子认证法律关系和监管法律关系。电子商务法律关系的构成要素包括电子商务法律关系的主体、客体及其内容。主体包括电子商务交易者、电子商务服务者、电子商务认证机构、电子商务监管者。电子商务法律关系的客体包括有形商品和无形商品、网上商务行为、智力产品和无形财产。电子商务法律关系的内容包括交易双方当事人享有的权利和承担的义务,具体包括:电子商务销售和服务企业的权利与义务、消费者的权利与义务、网络服务商的权利与义务、金融机构的权利与义务、认证机构的权利与义务。

我国从20世纪90年代后期开始重视电子商务的立法活动,较之国外的电子商务立法相对滞后,借鉴国外的有关经验,针对我国电子商务发展中的具体情况,电子商务立法体系应由基本的《电子商务交易法》和一系列单行的电子商务法条例、办法或规则组成。目前,《中华人民共和国电子签名法》已颁布实施,而且《电子认证服务管理办法》也开始与其配套实施。随着电子商务的快速、稳定、健康发展,我国的电子商务法律体系定会日臻完善。

案例分析

谁应承担网络平台使用费

原告易趣网络信息服务(上海)有限公司(下称“易趣”)是一家主要提供C to C(消费者与消费者)的中介服务平台。2001年1月1日被告刘某以“本田一郎”为用户名注册为易趣用户,同年3月31日又以“Jaliseng”为用户名在易趣注册了另一个用户账号。被告注册后,即使用上述两个用户名在易趣网交易平台上发布商品信息,从事销售活动。

在刘某注册时，易趣网络平台实行免费服务，但未约定提供免费服务的期限。2001年7月1日，原告开始向其用户收取网络平台使用费，并在网上发布修改后的服务协议供新老用户确认。该协议再次做了修改，其最终稿于2001年9月18日做了公证，并在易趣网发布再次供新老用户确认。该协议对用户注册程序、网上交易程序、收费标准和方式等做了具体规定，协议还约定如用户不按协议的约定付款，应承担赔偿损失的责任，其范围包括因追索欠款而支出的通信费、交通费、差旅费和律师费。此后，被告先后确认了原告的《服务协议》，并继续使用原告的网络交易平台。到2001年9月17日，被告的两个用户账号拖欠使用费共4336.6元。2001年10月24日易趣公司以刘某违反双方间网络服务协议为由向静安区人民法院提起诉讼，要求刘某依协议支付平台使用费4336.6元、律师费2000元、调查费4元并承担诉讼费。法院审理查明，用户“本田一郎”系被告的父亲注册使用，原告仅依“本田一郎”和“Jaliseng”注册时提供的个人资料及两个用户发布的信息相类似即认定用户“本田一郎”亦系由被告注册，缺乏充分的事实依据，故原告要求被告支付用户“本田一郎”的服务费，法院不予支持。

至于“Jaliseng”用户名下的欠费，法院认为，原告制定的《服务协议》经被告确认后即对双方产生约束力，故该协议认定为有效，被告未按约定支付服务费已构成违约，其应承担支付欠款并赔付损失的民事责任。对于被告认为《服务协议》过于冗长，注册时不可能阅读全文，故不受约束，法院认为，经公证的协议和注册程序表明只有阅读了协议才能成为易趣用户，故没有支持。据此，法院判决如下：被告支付“Jaliseng”账户下平台使用欠费1330元、相应的律师费613.38元、调查费4元，并驳回了原告的其他诉讼请求。

案例讨论题：

1. 本案存在哪些电子商务法律关系？
2. 本案合同缔结的特点是什么？
3. 法院的判决是否正确？为什么？

思 考 题

1. 简述电子商务对传统法律造成的冲击与挑战。
2. 电子商务法及其调整对象是什么？
3. 电子商务法主要包括哪些内容？
4. 试述电子商务法律关系的概念及其构成要素。
5. 电子商务法律关系主体有哪些？它们在电子商务活动中分别起什么作用？
6. 电子商务法律关系的客体分为哪几类？各具有什么特征？
7. 电子商务法律关系有哪些分类？
8. 电子商务法律主体的权利与义务分别有哪些？
9. 谈谈国际组织及世界各国电子商务立法的状况。
10. 学完国际电子商务立法有何启示？
11. 谈谈我国的电子商务立法现状及立法思路。

第2章 电子合同

【学习目标】

- 掌握电子合同的概念、特征与订立程序；
- 掌握要约与承诺的概念、构成要件及其法律效力；
- 明确要约和要约邀请的区别，要约的撤回与撤销的区别；
- 理解电子合同与传统合同的区别，合同成立与合同生效的区别；
- 掌握电子合同的履行规则与履行方式；
- 了解电子合同违约的归责原则和违约救济方式。

2.1 电子合同概述

伴随着互联网技术和信息化的发展，越来越多的企业依赖网络这个平台完成交易的全过程，这就与传统经济模式下的贸易方式有很大差别，电子合同作为电子商务的基础与核心，以其独特的订立方式和表现形式给传统的纸面交易带来了法律、技术和监管等方面的挑战。电子合同与传统合同的根本区别不仅在于通过互联网通信手段达成合同，而且在于记载合同内容的形式发生了变化。因此，合同法必须适应这一变化，确立通过互联网缔结合同的一些特殊规则，解决意思表示手段的改变产生的特殊问题。本章主要论述电子合同从订立到履行过程中的特殊问题。

2.1.1 电子合同的概念

1. 电子合同的概念

合同又称契约，在英文中称为“contract”，其本义为“共同交易”。我国《合同法》第二条规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”合同反映了双方或多方意思表示一致的法律行为。目前，合同已经成为保障市场经济正常运行的重要手段。电子合同是伴随着数字信息时代的来临而出现的一种新兴的电子交易形式。电子商务主要分为 B to B 和 B to C 两种形式，其中 B to B 指的是发生在企业与企业之间的电子商务活动，它的通常方式是要约人向特定的受要约人通过 EDI 或 E-mail 发出要约，受要约人在规定的期限内以 EDI 或者 E-mail 方式作出承诺回复；B to C 指的是发生在企业与消费者个人之间的电子商务活动，通常的方式是：消费者通过主动浏览网络商场的网页，查看选购商品，确定后点击网站上的电子合同的“同意键”或者是向系统用 E-mail 方式发出订单，然后经营者依据消费者的指示发出商品并要求消费者通过网上银行等形式付款。

一般认为，电子合同的概念分为广义和狭义两种。广义的电子合同，就是通常意义上所指的以“数据电文”为形式拟订的合同。根据联合国国际贸易法委员会 1996 年 12 月通过的《电子商务示范法》第二条的定义，数据电文是指“经由电子手段、光学手段或类似手段生成、发送、接收或存储的信息，这些手段包括但不限于电子数据交换（EDI）、电子邮件、电报、电传或传真”。所以可以说，广义的电子合同指经电子手段、光学手段或其他类似手段拟订的约定当事人之间权利与义务的契约形式。

狭义的电子合同，是专指由 EDI 方式拟订的合同。联合国国际贸易法委员会在《示范法》中对 EDI 做了如下定义：“电子数据交换（EDI）系指电子计算机之间信息的电子传输，而且使用某种商定的标准来处理信息结构。”国际标准化组织（ISO）为 EDI 下了一个较为完整的定义，即 EDI 是“将商业或行政事务处理按照一个公认的标准，形成结构化的事务处理或信息数据格式，从计算机到计算机的数据传输”。也就是说，EDI 方式的电子合同就是指按照双方或多方协议，对具有一定结构特征的标准数据信息，经过电子数据通信网络，在交易伙伴的计算机应用系统之间进行数据交换和自动处理。我国于 1999 年 3 月 15 日第九届全国人民代表大会第二次会议通过，自 1999 年 10 月 1 日起施行的《中华人民共和国合同法》也引入了数据电文形式，从而在法律上确认了合同可以采用电子手段缔结。我国《合同法》第三十三条规定：“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书，签订确认书时合同成立。”

根据联合国国际贸易法委员会《电子商务示范法》以及世界各国颁布的电子交易法，同时结合我国《合同法》的有关规定，电子合同可以界定为：电子合同是双方或多方当事人之间通过电子信息网络以电子的形式达成的设立、变更、终止财产性民事权利义务关系的协议。通过上述定义可以看出电子合同是以电子的方式订立的合同，其主要是指在网络条件下当事人为了实现一定的目的，通过数据电文、电子邮件等形式签订明确双方权利义务关系的一种电子协议。

2. 合同的形式：电子合同作为独立的合同形式

合同的内容即当事人双方约定的权利义务，它要靠一定的形式记载或表达出来，这种记载或表达合同内容的方式即合同的形式。合同是仅对当事人双方有约束力的协议，只要双方彼此知道其内容并履行之足以构成一种合同关系，无需特别的表达形式。许多合同根本不需要将内容记载下来，双方口头达成一致即可。商事交往中一般使用书面合同，用于记载双方权利义务关系。传统的书面合同主要指纸面的合同，如纸面文本、信件、电传、传真等。随着科技的发展，合同的表现形式也在不断发展。尤其是随着互联网的普遍应用，通过电子邮件、自动交易系统等缔结、以数据电文表现的合同又成为普遍的现象。

根据我国现行合同法理论及《合同法》的规定（第十条和第十一条），合同形式分为三种：口头形式、书面形式和其他形式。《合同法》第十一条规定：“书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。”该条已明确将电子数据交换和电子邮件等网络通信方式纳入书面形式的范畴，赋予其法律效力。它将定义书面形式的重点放在“可以有形地表现所载内容的形式”，这一点在世界各国现行立法中处于领先地位。将数据电文（如电子邮件、电子数据交换）视为书面形式，因而电子合同属于书面合同范畴。



但是,电子合同或以数据电文表现出来的合同与传统的以纸质为基础的合同有很大的差别。在某种意义上,传统的合同形式的划分是与证据规则联系在一起的:口头合同对应口头证据规则,书面合同则对应书面证据规则。而之所以将属于文书证据范畴的视听资料视为其他合同形式,也是因其适用的证据规则不同于一般证书规则。电子形式(数据电文、电子记录)的合同尽管亦可以视为书面合同和数据,但是因其独特的特征,在证据法上采取区别传统书面合同的规则。实质上,联合国《电子签名示范法》采取将数据电文作为区别于口头和书面的另一类记录或意思表示方式,以解决数据电文的效力。因此,数据电文形式应当视为一种独立的合同形式,称为“电子合同”。鉴于数据独立对待和独立立法已经为世界各国所接受,所以亦应当成为我国合同法的基本原则。

我国《合同法》制定时,《电子签名示范法》刚刚出台,还没有人对其原理和精神进行研究,因而只在形式上采纳了《电子签名示范法》将数据电文视为书面的做法,而没有考虑《示范法》将数据电文规定为独立证据类型的事实。电子商务法律研究发展到今天,我们应当承认电子合同的独立性,并按照这样的思路调整和规范电子合同。

因此,合同的形式分为口头合同、书面合同、电子形式和其他形式四类。

2.1.2 电子合同的特征

与传统合同相比,电子合同主要具有以下特征。

1) 无纸化

电子合同通常不是以原始纸张作为记录的凭证,而是将信息或数据记录在计算机中,或记录在磁盘和软盘等中介载体中,因此以电子合同形式所进行的交易,又称为无纸贸易。这种无纸性,大大降低了交易的成本,加快了文件周转速度,但正是这种无纸性,使得电子合同出现两个弊端:电子数据的易改动性和电子数据作为证据的局限性。

2) 虚拟化

电子数据的传输,只需一台计算机、一条电话线和一个调制解调器,借助国际互联网就可以传遍世界各个角落。因此,电子合同的签订,双方当事人可以足不出户、互不谋面,只要坐在计算机屏幕前通过键盘和鼠标,在互联网上活动即可完成,所以当事人完全是在虚拟的网络世界里进行交易,无需人工干预,简化了中间环节,这既节省了双方为传统面对面的谈判所产生的费用和时间,提高了办事效率和市场竞争力,又避免了旅行中可能发生的各种意外。但也正是这种虚拟性,导致了以下问题:一是当事人的身份、信用度如何,对方是否是合格的民事主体,有无民事责任能力等,通过计算机是难以确认的。二是一方收到的信息是否为对方当事人真实的意思表示,对方是否确认了自己的信息内容,接收方也是很难认定的。

3) 信息传递的快速化

电子合同由于是采用数据信息的传输形式签订,速度极快,有利于当事人在市场行情千变万化的情况下,抓住机遇,大大缩短了业务处理时间,改善了服务质量。但是,信息

传递的快速也带来一些问题。比如，当事人发出的要约或承诺在瞬间就已到达对方，即使发现错误也难以撤回或撤销。所以，民法关于意思表示的撤回或撤销制度在这里将面临很大困难。

4) 技术化与标准化

电子合同是通过计算机网络进行的，它有别于传统的合同订立方式，电子合同的整个交易过程都需要一系列的国际国内技术标准予以规范，如电子签名、电子认证等。这些具体的标准是电子合同存在的基础，如果没有相关的技术与标准，电子合同是无法实现和存在的。

电子合同生效的方式、时间和地点与传统合同不同，不需要经过传统的签字。传统合同一般以当事人签字或者盖章的方式表示合同生效，而在电子合同中，传统的签字盖章方式被电子签名所代替。

5) 电子化

主要指电子合同订立的电子化和电子合同中的意思表示电子化。我国《合同法》规定合同的订立需要有要约和承诺这两个过程，电子合同同样也需要具备这些要件。传统的合同的要约和承诺采用的方式不同于电子合同，当事人一般通过面对面的谈判或通过信件、电报、电话、电传和传真等方式提出要约和接受要约，并最终缔结合同。而电子合同中的要约和承诺均可以用电子的形式完成，它主要输入相关的符合预先设定的程序的信息，计算机就可以自动作出相应的意思表示。意思表示的电子化，是指在合同订立的过程中通过相关的电子方式表达自己意愿的一种行为，这种行为的表现方式是通过电子化形式实现的。《电子商务示范法》中将电子化的意思表示称为“数据电文”。电子数据交换在功能上具有自动审断的功能，因此电子合同的签订过程是通过互联网在计算机的操作下完成的，这是电子合同区别于传统合同的关键特征。

6) 安全化

电子合同比传统的纸质合同具有更高的安全性。电子合同的安全性保障主要来自于电子印章技术和数字证书。一方面，电子合同的内容在盖了电子印章后不可更改，而且电子印章不能分拆出来使用。另一方面，数字证书是一个网上的身份证，它可以确保合同的签订方和合同本身是可信任的。此外，电子合同采用了密码验证和在传输过程加密的办法以保证其安全性。电子合同如果万一被篡改，还将会提示为无效合同。与传统合同相比，数字认证更具有信息的保密性、数据的完整性等优势。

2.1.3 电子合同的类型

合同的分类就是将种类各异的合同按照特定的标准所进行的抽象性区分。一般来说，依据合同所反映的交易关系的性质，可以分为买卖、赠与、租赁、承揽等不同的类型。我国《合同法》就以此为标准，建立了有名合同的法律制度。当然，除了这一标准之外，还有以双方权利义务的分担方式可分为双务合同与单务合同；以当事人是否可以从合同中获



取某种利益可分为有偿合同与无偿合同；以合同的成立是否须交付标的物可分为诺成合同与实践合同；以合同的成立是否以一定的形式为要件可分为要式合同与不要式合同等。

电子合同作为合同的一种，也可以按照传统合同的分类方式进行划分，但基于其特殊性，还可以将其分为以下几种类型。

(1) 从电子合同订立的具体方式的角度，可分为利用电子数据交换订立的合同和利用电子邮件订立的合同。

(2) 从电子合同标的物的属性的角度，可分为网络服务合同、软件授权合同、需要物流配送的合同等。

(3) 从电子合同当事人的性质的角度，可分为电子代理人订立的合同和合同当事人亲自订立的合同。

(4) 从电子合同当事人之间的关系的角度，可分为 B-C 合同，即企业与个人在电子商务活动中所形成的合同；B-B 合同，即企业之间从事电子商务活动所形成的合同；B-G 合同，即企业与政府进行电子商务活动所形成的合同。

其中电子数据交换和电子邮件是电子合同订立的两种最主要的形式。

2.1.4 电子合同的法律地位

在我国贸易习惯和法学研究中，大多数法学研究者倾向于将电子合同归于书面形式的一种，建议对书面形式作出扩大解释。我国 1999 年的《合同法》也将电子合同列入传统的书面合同范畴，承认电子合同的合法有效性，但是，对于电子合同的法律定义及其效力的认定等问题没有作出任何规定。在贸易实践中，往往采用《电子商务示范法》的“功能等同”的原则，即电子合同是在特定条件下的信息，只要它满足可以调视以备查阅，就可以视为书面形式。但是，从以上的分析中，我们可以发现，电子合同和传统的书面合同在合同的载体、意思表达、订立过程等方面存在很大的区别，“数据电文”形式的合同能否真正归于书面形式有待从法律层面进一步明确。

根据我国民法的规定，书面形式是以书面文字表达意思表示的法律行为的形式，作为书面合同具有两个特征，一是作为合同的文本的原件可以被保存和识读；二是在需要时可以复制，可以有复制件。从这两个要求来看，电子合同很难满足要求。首先，电子合同虽然可以同样被保存和识读，但必须借助于一定的计算机设备和程序，才可以完成存储和识读功能，同时，电子合同没有可以直接识读的原件，需借助计算机功能调取才能阅读。其次，“数据电文”形式的合同也可以被复制，但复制件与原件具有不可分辨性，电子合同的原件显然与传统书面合同的原件不同。最后，传统的纸面合同具有长久保存、难以篡改、当事人难以否认的特性，是理想的司法证据。人们之所以采用书面形式就是为了证明他们之间的民事关系的存在和合法，以便发生纠纷时有利于保护自己的合法权益。而电子合同不具有这些特征，因此，我们不能把电子合同简单归于扩大意义上的书面形式合同之中，它是一种有别于传统书面合同的新兴的合同形式。另外，我国合同法已经承认了“数据电文”形式的合法性，只是为了适应传统形式的种类，将其归于书面形式，为“数据电文”形式在传统的法律中寻找法律依据，但是，根据传统的书面形式规定，并不能解决电子合同的具体问题，也就是说，传统的书面规定很难规范这种新的合同形式，所以，我们没有

必要在一个与其性能差异很大的传统合同形式类别中为其寻找合法的地位。

为了解决电子合同的法律地位问题，我们必须改变已成定式的“功能等同”理论，因为，这种假设的“功能等同”并不是实质相同，无论从电子合同的定义上还是性质上都与传统的合同并不吻合。为了解决法律漏洞，避免在发生纠纷时陷入难以适用的局面，在未来的立法中首要问题是明确规定电子合同定义，以区分电子合同和传统的书面合同，界定电子合同法的适用对象，赋予以“数据电文”形式签订的合同的法律效力，使“数据电文”形式合同真正的合法化。

2.1.5 电子合同与传统合同的区别

在电子商务中，合同的意义和作用没有发生改变，但其形式却发生了极大的变化。

1) 合同订立的环境不同

传统合同的订立发生在现实世界里，交易双方可以面对面进行协商；而电子合同的订立发生在虚拟空间中，交易双方一般互不见面，甚至不能确定交易相对人，其身份仅依靠密码的辨认或认证机构的认证。

2) 合同订立的各环节发生了变化

在网络环境下，要约与承诺的发出和收到的时间较传统合同复杂，合同成立和生效的构成条件也有所不同。

3) 合同的形式发生了变化

电子合同所载信息是数据电文，不存在原件与复印件的区分，无法用传统的方式进行签名和盖章。

4) 合同当事人的权利和义务也有所不同

在电子合同中，既存在由合同内容所决定的实体权利义务关系，又存在由特殊合同形式产生的形式上的权利义务关系，如数字签名法律关系。在实体权利义务法律关系中，某些在传统合同中不很重视的权利义务在电子合同里显得十分重要，如信息披露义务、保护隐私权义务等。

5) 电子合同的履行和支付较传统合同复杂

对合同履行产生影响的主要是电子支付方式采用后引起的一些变化，在信息产品交易中，订约、交付和支付都可能在网完成，会对合同履行有重大影响。履行涉及的问题主要是：

- ① 履行中的救济措施；
- ② 在信息产品交易中的电子自助权利的行使问题；
- ③ 风险责任的界定；
- ④ 电子支付中的法律问题等。



宁波康尔绿色日用品有限公司与美国万顺工业有限公司签订合同时,双方对合同内容确认后,甲方先把电子印章一个类似于U盘大小的物体插入计算机,两次输入密码后,一个红色的公司印章就印在了指定位置。之后,甲方用网络将合同传输到乙方,乙方则用同样的方法盖上电子印章。这样,一份具有法律效力的电子合同就生效了,而这个过程前后只花了不到两分钟。

与传统纸质合同相比,电子合同具有便捷、效率高的优势,大大提高了企业的整体商务水平。许多公司每年都要签订大量合同,采用传统方式管理比较繁杂,而电子合同则可以在计算机中原样归档、检索、提供数据,方便企业查找信息,还可以导入企业的ERP系统,企业在对账、结算、资金控制等方面可以因此获得极大的便利。

2.2 电子合同的订立过程

2.2.1 电子合同的主体

1. 当事人的行为能力

合同是当事人之间权利义务关系的协定,当事人订立合同,是为自己带来法律后果的行为,也就是一种民事法律行为,在电子交易过程中,我们很难分辨交易对方当事人真正的性别、年龄和身份,更谈不上当事人中一方能得知他方是否具有相应的行为能力,这确实存在判断上的困难。比如,一个9岁的男孩经常上网,某日在网上购物网站以其父亲的身份证号注册订购了一台冰箱。结果购物网站在把货送到家后,才发现是他订的,其父母表示很抱歉,但拒绝买下。这时购物网站该如何处理这个问题?

根据我国《民法通则》的规定,公民的权利能力是法律规定的公民享有民事权利和承担民事义务的资格。《民法通则》第十一条、第十二条、第十三条规定:十八周岁以上的公民、十六周岁以上不满十八周岁但以自己的劳动收入为主要生活来源的公民是完全民事行为能力人,可以独立进行民事活动;不满十周岁的未成年人,不能辨别自己行为的精神病人是无民事行为能力人,不能独立进行民事活动;十周岁以上的未成年人、不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人,只能从事与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事行为活动。完全民事行为能力人,除法律有特别限制外,具有完全的缔约能力;限制民事行为能力人,只能从事与其年龄、智力或精神健康状况相适应的民事活动,其他民事活动由他的法定代理人代理或征得其法定代理人的同意。无民事行为能力人,由其法定代理人代理民事活动。我国《合同法》第九条第一款规定:“当事人订立合同,应当具有相应的民事权利能力和民事行为能力。”这项规定适用于电子商务合同。我国《合同法》第三章《合同的效力》第四十七条规定:“限制民事行为能力人订立的合同,经法定代理人追认后,该合同有效,但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同,不必经法定代理人追认。”“相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未做表示的,视为拒绝追认。合同被追认之前,善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。”如前所述例子中,如果小孩的父母亲不加以追认,

这个小孩所作出的订购行为则是无效行为。在这种情况下，购物网站可以让家长或其他监护人补偿购物网站送货所花的部分费用，以示其监护不力的小小惩罚。

在明确了消费者的行为能力的同时，商家的行为能力或权利能力也是一个必须考虑的问题。商家作为法人同样具有民事权利能力和民事行为能力。就法人而言，其缔约能力与其民事行为能力是一致的。目前，我国法律对从事电子商务的当事人资格有限制性规定的仅限于网络中心。根据我国《计算机信息网络国际联网管理暂行规定（修正）》第九条规定，设立网络中心应具备以下条件：

- （1）是依法设立的企业法人或事业法人。
- （2）具有相应的计算机网络、装备以及相应的技术人员和管理人员。
- （3）具有健全的安全保密管理制度和技术保护措施。
- （4）符合法律和国务院规定的其他条件。

对网络中心的主体资格加以了限制。另外，根据《互联网上网服务营业场所管理办法》第六条规定，对在我国境内设立的互联网上网服务营业场所的主体资格进行了严格的限制。而从联合国、发达国家的立法经验来看，世界主要发达国家的立法中极少对电子合同当事人的主体资格加以限制，但是从保证电子交易的安全性和可行性的角度出发，发达国家相关电子商务的立法均对电子签名、电子认证制度作出了详细的规定，以此确保电子交易的安全性和对电子合同当事人的主体加以确认。

张某起诉中国工商银行江苏省分行营业部储蓄存款合同纠纷案

2001年3月8日，原告张某在被告中国工商银行江苏省分行营业部（以下简称工行营业部）下设的鼓楼储蓄所开设了活期储蓄账号，账号为3010-505-9110××××，同时办理了中国工商银行江苏省分行牡丹灵通卡，卡号为430110000130××××，该卡性质是借记卡，不可透支，原告并为存折和牡丹灵通卡设置了密码。2001年7月5日下午，原告在被告设在南京的银行自动柜员机（下称ATM）上两次取款共3000元。同日下午18时59分30秒和19时0分27秒，原告所属账户在福建省厦门市ATM上两次被支取1000元，并收取异地取款手续费各10元，原告与被告联系解决未果，故诉至南京市玄武区人民法院要求处理。南京市玄武区人民法院经审理认为，在规则原则上，原告主张适用无过错责任，这是恰当的，但前提是必须存在违约行为。从本案的事实来看，本案所涉及的4笔交易均是通过牡丹卡进行的ATM交易，是电子商务的一种方式，对此种电子数据交易，是通过私人密码的设密和运用进入自动交易系统从而完成交易行为的，作为电子商务中广泛运用的私人密码，它具有三个基本功能：

一是私人密码的使用表明对交易者身份的鉴别及对交易内容的确认，从而起到电子签名的功能；

二是私人密码的使用表明本人进行了交易行为，在交易中，信息发送和接收者都不能对此予以否认，这就是电子商务行为的“不可抵赖性”；

三是私人密码的使用表明交易时在保密状态下进行的。

基于这三项功能，产生了私人密码的使用效力规则，即本人行为原则，其含义就是：只要客观上在交易中使用私人密码，如无免责事由，则视为交易者本人使用私人密码从事



了交易行为，本人对此交易应承担相应的责任。因此，从民事行为的角度可以将福建省厦门市进行的两笔 ATM 交易行为视为原告本人的行为，因此，被告不存在违约行为。本案中，原告认为其本人不可能同一天在南京与厦门取款，法院认为，情理上存在可能，但从电子签名的原则来看，电子签名的拥有者负有妥善保管其电子签名不被泄露、不被滥用的义务，即必须将电子签名保持于其独占控制之下，本案原告并没有证据证实其已履行该义务。作为金融机构负有保障储户存款安全的义务，但保障存款安全的义务是双方的，且安全与否只是一个相对概念，是与先进科学技术能力相适应的安全，而不是绝对的安全。根据上述理由，法院判决驳回原告诉讼请求。

2. 电子合同代理人

在电子商务交易中，越来越多的电子合同采用 EDI 或电子邮件、网页点击或者企业自动反应系统订立，甚至有的电子合同还采用自动方式履行。互联网自动交易是由一方或双方当事人在数据电文正常传送的情况下不干预交易的进行，而由当事人的计算机信息处理系统自动完成电子合同的订立、电子合同的履行。这些电子交易系统，具有按照预先设定好的程式自动发出要约、承诺，并具有审单判断的功能，许多自动履行的合同，较少需要、甚至不需要人工的介入。当事人通常要在得到清单时，才知道这些合同的详细发生情况。这些智能化交易系统，自动发送、接受和处理交易订单，就是电子代理人。可见，电子代理人既不是自然人，也不是法人或者其他任何机构，而是一些计算机程序和自动化手段，是一种能够执行人的意图的智能化的交易工具。电子代理人不具有法律人格。这与具有完全民事行为能力、具有法律主体资格的传统意义上的“代理人”是截然不同的。

2.2.2 电子合同的订立程序

电子合同是采取数据电文和电子数据的表达方式，其订立过程也是电子方式，也就是通过互联网通信缔结合同。但是，电子合同的订立过程任要遵循传统合同订立的基本原理，签订电子合同的过程必须满足传统合同订立过程的“协商一致”。一般而言，这一过程包括要约和承诺两个阶段。只有具备这两个阶段，电子合同的订立过程才能完成。

1. 电子合同的要约

根据我国的《合同法》第十四条规定：“要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：（一）内容具体确定；（二）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。”

要约通常都具有特定的形式和内容，一项要约要取得法律上的效力，则必须具备特定的有效要件：

（1）要约是由具有订约能力的特定人作出的意思表示，其目的是希望得到受要约人的承诺并最终签订合同。所谓特定人就是指在客观上可以确定的人。

（2）要约必须具有订立合同的意图。

（3）要约必须向要约人希望与之缔结合同的相对人发出。

要约必须经过相对人的承诺才能签订合同，因此，要约必须是向相对人发出的意思表示。

（4）要约的内容必须明确、具体和完整。

所谓内容具体明确，就是要求要约的内容应当具备合同成立所必须具备的条款，即只要受要约人作出承诺，合同就应当成立。在合同成立所应具备的条款方面，上述《合同法》第十二条规定的第八项一般条款，当事人在订立合同时可以在此基础上增减。从要约内容可以达到合同成立的角度来考察，要约至少应当包括标的、数量、价格或确定价格的方法，并根据交易的具体内容作相应的增加。其传达给受要约人的信息应该是明确的。

（5）要约必须明确提出受要约人作出答复的期限。

在此期限内要约人受自己要约的约束，且不得擅自撤回或变更要约。如果撤回要约或变更要约的通知先于或与发出的要约同时到达受要约人，要约人则可以撤回或变更要约。电子要约显然也必须符合以上条件，只是实现要约的手段不同而已。由此可以认为电子要约是通过电子的方式希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当是特定人所为的意思表示，内容应当具体明确，并且表示一经受要约人的承诺，要约人即受该意思表示的约束。

2. 要约与要约邀请的区别

所谓要约邀请，又称为“引诱要约”。是指希望他人向自己发出要约的意思表示。在电子商务活动中，从事电子交易的商家在互联网上发布广告的行为到底应该视为要约还是要约邀请？在该问题上学界有不同的观点，一种观点认为是要约邀请，他们认为这些广告是针对不特定的多数人发出的。另一种观点认为是要约，因为这些广告所包含的内容是具体确定的，其包括了价格、规格、数量等完整的交易信息。我国《合同法》第十五条规定：“要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。寄送的价目表、拍卖公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。”“商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。”从法律性质上看，要约邀请不是一种意思表示，而是一种事实行为，也就是说，要约邀请是当事人订立合同的预备行为。在发出要约邀请时，当事人任处于订约的准备阶段，要约邀请只是引诱他人发出要约，它既不能因相对人的承诺而成立合同，也不能因自己作出某种承诺而约束要约人。在发出要约邀请以后，要约邀请人撤回邀请，只要没有给善意相对人造成信赖利益的损失，要约邀请人一般不承担法律责任。

区分要约和要约邀请可以根据以下标准：

- （1）根据法律规定。法律明确规定为要约邀请的应当是要约邀请。
- （2）根据内容确定。内容具体明确，已达到合同成立所具备的条件的，是要约。
- （3）根据发送人的意图确定。发送人有约束自己的条款的，是要约；表明不受约束的，是要约邀请。
- （4）根据交易惯例确定。

1995年6月，正在兴建某市C一号住宅小区的被告五通建设工程公司（以下简称工程公司）突然接到河沙供应商白水河沙厂的加急电报。该电报称：因连降大雨，致使洪水泛滥，运送河沙的铁路被洪水冲毁，无法再按时运送河沙，请工程公司另想良策购买河沙。



因正值施工旺季,工地大量需要河沙,而冲毁的铁路又难以在短期内通车,工程公司为不影响施工进度,遂向东乡河沙厂和原告胜利河沙厂发出电报,电报称:我公司急需建筑用河沙200吨,如果贵厂有河沙,请于见电报之日起二日内电报通知我公司,我公司将派技术员前往验货并购买。东乡河沙厂和胜利河沙厂收到电报后,均向工程公司拍发了电报,并向工程公司提供了河沙的型号及价格,而胜利河沙厂在拍发电报的同时,又通过关系向铁路车站报领了车皮,用火车将100吨河沙运往工程公司所在的车站。在该批河沙到达工程公司所在的车站前,工程公司已派技术员丁某到东乡河沙厂验货并签订了购销合同,合同签订后的第二天上午,东乡河沙厂和丁某一起给工程公司拍电报,称货已发出。下午,胜利河沙厂的河沙运到,工程公司告诉胜利河沙厂,他们已购买了东乡河沙厂的河沙并已经支付了货款,因此,无资金再购买胜利河沙厂的河沙。胜利河沙厂认为,工程公司既然发出了要约,而自己又在要约约定的有效期内作出了承诺,工程公司应受要约的约束,因此,胜利河沙厂坚持要求工程公司收货并付款,工程公司则以自己发出的仅仅是购买河沙的意向书而非要约为由拒绝收货并支付货款,双方协商不成,胜利河沙厂遂向人民法院起诉。

案情分析及处理结果:根据《合同法》第十四条和第十五条的规定,在本案中,被告发出的是要约邀请而非要约。理由如下:

(1)被告向原告发出的电报称:“我工程公司急需建筑用河沙200吨,如贵厂有河沙,请于见电报之日起两日内电报通知我公司,我公司将派技术员前往验货并购买。”这表明被告希望在原告向自己发出欲卖河沙的要约后,自己派人“验货并购买”,只有当原告提供的河沙符合要求时,被告才会予以承诺。所以,以上说明被告并没有确定的与原告订立合同的意思。

(2)被告在电报中称,“我公司派技术员前往验货并购买”,表明被告希望将自己置于灵活的境地,不希望受自己意思表示的约束。

(3)电报中并未包含合同有效成立所必需的基本条件,如价格。综上所述,被告发出的是要约邀请,不具备法律拘束力,它与原告之间并没有形成合同关系,所以也无所谓违约责任,原告的诉讼请求应予以驳回。

3. 电子合同的承诺

承诺,又称为接盘或接受,是指受要约人作出的,对要约的内容表示同意并愿意与要约人缔结合同的意思表示。我国《合同法》第二十一条规定:“承诺是受要约人同意要约的意思表示。”一经受要约人承诺并送达要约人,合同即告成立。一项有效的承诺需具备如下条件。

(1) 承诺必须由受要约人向要约人作出。

受要约人以外的第三人即便知道要约的内容并作出同意要约的意思表示,合同也不能因此成立。因为任何第三人都不得享有承诺的资格。受要约人只有向要约人作出承诺才能实现订立合同的目的,故承诺只有向要约人作出才有意义。

(2) 承诺必须是对要约明确表示同意的意思表示。

(3) 承诺的内容不能对要约的内容作出实质性的变更。

受要约人必须完全同意要约的意思表示,才能构成承诺,合同才能成立。如果受要约

人对要约的内容作出实质性的变更，则只是一个新的要约，合同因此不能成立；如果受要约人对要约的内容作出非实质性的变更，除非要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。对于合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。

（4）承诺必须在合理期限内作出，或要约规定了承诺期限，则应在规定期限内作出，若未规定期限，应在合同期限内作出。

电子合同的承诺也应符合上述规定，由于网络的虚拟性，确定承诺的生效就成为判断电子合同成立的非常重要的问题。

关于承诺的方式。我国《合同法》第二十二条规定：“承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或要约表示可以通过行为作出承诺的除外。”在电子商务的交易环境下，以行为方式作出承诺而使合同成立的例子并不少见。当一个网络使用者阅读了某一网页上所展现的合同条款，并依照该网页的要求用鼠标点击某个超级链接或某个标有“同意”字样的按钮时，该使用者的行为即可以构成一个有效的承诺。

关于承诺生效的时间和地点。我国《合同法》第十六条和第二十六条明确规定了采取数据电文形式的要约或承诺到达和生效的时间：“采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。”同时，《合同法》第三十三条还规定：“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。”

承诺生效的地点决定了合同的成立地点，我国《合同法》第三十四条规定：“承诺生效的地点为合同的成立地点。采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。”即电子合同成立的地点，除当事人另有约定的外，以收件人的主营业地或其经常居住地为标准，而主营业地一般为其在工商行政管理机关的登记注册地。

4. 电子要约与承诺的撤回

1) 要约的撤回

要约的撤回，是指要约人在发出要约后，到达受要约人之前，取消其要约的行为。我国合同法第十七条规定：“要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者于要约同时到达受要约人。”如果要约人以邮寄信件的方式发出要约，在要约到达受要约人之前，可以用更快捷的方法，如电话将之撤回。但是，要约人采用快速通信的方法发出信息，就很难撤回了。如要约人向受要约人发传真，在发出的同时，受要约人也就收到了，此时，不存在撤回的余地。要约一旦达到受要约人后，就发生效力，要约人便不能撤回要约。

对于电子合同中要约的撤回问题，一种观点认为，在电子合同的签订过程中，电子要约也是可以撤回的。由于现在很多网络系统都是“最大努力投递”系统，该类系统常见的做法是，当一个信息无法到达目的地的时候，系统会等待一段时间（通常是几分钟到几小



时不等), 然后进行再次投递, 因此, 当网络繁忙的时候, 信息无法立刻到达受要约人, 此时要约人给受要约人发出撤回要约的通知, 该通知是可以先于要约到达受要约人或者与要约同时到达受要约人指定的接收信息的系统的。因此电子商务中, 电子要约是可以撤回的。

另一种观点则认为, 虽然通过 EDI 订约时, 整个订约过程可能是在计算机自动操作下进行, 甚至不存在当事人面对面的谈判和协商过程。要约人的撤回几乎是不可能的。但是当通过电子邮件交易时, 电子邮件在互联网上的传输受客观条件影响较大, 要约的撤回并不是不可能。虽然时间短暂, 但如果要约方发现市场有变化, 想撤回要约, 还是可以使一份撤回通知先于或者同时到达受要约人以保护其利益的。某人利用某一网络向对方当事人发出一份电子邮件形式的要约, 但由于此网络服务器发生故障, 或者发出要约的人所在网络的服务器发生故障, 没有像通常情形快速送达。要约人突然发现要约的错误, 并立即通过另一正常运行的网络向受要约人的另一约定电子邮件信箱发出撤回要约的通知, 或通过电话直接通知受要约人, 在这种情况下, 完全可能实现撤回要约的通知先于或者同时到达受要约人。

2) 承诺的撤回

承诺的撤回, 是指承诺人组织承诺发生法律效力的一种意思表示。对于承诺能否撤回的问题, 英美法系和大陆法系持截然相反的态度。英美法系对承诺生效采用“投邮主义”, 即载有承诺的通知一经发出即告生效, 不能撤回。大陆法系对于非对话要约采取“到达主义”, 因而允许承诺人撤回承诺, 只要撤回承诺的通知比承诺更先到达要约人或者同时到达就可以。我国《合同法》也是采取这种到达主义原则, 其第二十七条规定: “承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。”

对于电子合同中承诺的撤回问题, 法学界有两种不同的观点。反对者认为, 电子数据在网络中传递的速度非常快, 顷刻就可以到达对方, 撤回几乎是不可能的, 从而使得在法理上对承诺的撤回规定变得毫无意义。所以, 这种观点认为应该采取英美法上的“投邮主义”, 使得承诺一经发出, 马上生效。另一种观点赞同承诺撤回的学者则认为不管电子传输速度有多快, 总是有时间间隔的, 而且也存在网络故障、信箱拥挤、计算机病毒等突发性事件的存在, 使得要约、承诺不可能及时到达。

从尊重契约自由原则和诚实信用原则出发, 我们应当认可要约人或承诺人的撤回通知, 以使电子合同的成立要件既不优于也不劣于以其他方式订立合同。要约或承诺的撤回作为要约人或承诺人的一项权利, 也不应该随意被剥夺, 权利的暂时不能行使或者行使的困难并不影响权利的存在。

5. 电子要约的撤销

要约的撤销, 是指在要约生效后使要约失效的行为。要约的撤销不同于要约的撤回, 前者发生于生效后, 后者发生于生效前。我国《合同法》第十八条规定: “要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。”第十九条规定: “有下列情形之一的, 要约不得撤销:

(1) 要约人确定了承诺期限或者以其他方式明示要约不可撤销;

（2）受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并且已经为履行合同作了准备工作。”在线交易中，要约能否撤销与要约的撤回一样，取决于交易的具体方式。

如果当事人采用电子自动交易系统从事电子交易，承诺的作出是即刻的，要约人没有机会撤销要约。如果通过电子邮件方式订立合同，在一般情形下，要约是可以撤销的。因为要约人通过以电子邮件方式发出要约后，受要约人收到要约可有一个考虑期，而不是一种自动回应和瞬间撮合的程序。因而在发出要约与最终作出承诺之间可能会有一段间隔。在此期间内，要约人就可以撤销要约。另外，如果当事人在网上进行协商，这与口头方式无异，要约人在受要约人作出承诺前也是可以撤销要约的。

对于电子要约能否撤销的问题，有人认为可以遵从一般合同法规定，有人认为应加入新的内容。在传统合同中规定，要撤销要约，撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。有人认为这一点应用于 EDI 的特殊环境可能是不现实的，因为 EDI 的速度极快，从而使撤销要约的机会几乎不存在。还有一种观点认为要约能否撤销应该视采用的电文通信方式而定，此观点得到大多数人的认同。如果电子要约采取电子数据交换的方式，则数据电文发出与到达相对方具有同一性，这使要约人撤销要约成为不可能，如果采取电传、电报、传真等通信方式传送，则存在一段收件人处理信息的时差。此时，要约人改变主意撤销，这是有时间依据的。所以我国在《合同法》中，应对数据电文的要约撤销作出分别的规定。这才符合电子要约的传输规律，也有利于保护要约人本身的权利。

承诺自到达要约人时生效，承诺生效时合同即成立。同样，对于电子合同而言，承诺到达要约人，合同即告成立。我国《合同法》同时允许承诺人在承诺生效之前取消承诺，撤回的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达。显然，承诺不存在撤销的问题，因为承诺到达要约人时，合同就宣告成立了。根据大陆法系合同理论，“承诺生效时合同成立”中的“合同”仅指诺成合同，而电子合同多为诺成合同，因此可以根据承诺生效的时间判断合同的成立时间。这也是电子合同在大陆法系和英美法系不同理论中一致性的表现之一。在两大法系不断融合的今天，各国对电子合同的相关规定也越来越趋同。

2.3 电子合同的成立与生效

2.3.1 电子合同的成立

合同的成立，是指当事人经由要约、承诺，就合同的主要条款达成合意，即双方当事人意思表示一致而建立了合同关系，表明了合同订立过程的完结。由于合同是双方或多方之间发生的法律行为，单方法律行为不能构成合同。这就意味着，成立一份合同，其主体必须是两个或两个以上，其意思表示必须一致合意。合同订立的过程就是当事人双方使其意思表示趋于一致的过程。这一过程在《合同法》中规定为要约、承诺。因此，合同的成立必须有双方或多方当事人对合同标的、数量、质量、价款或报酬等内容协商一致，即达成合意。

现实生活中经常遇到在网上订购以后，却不付款或不接收物品的事情。这就涉及合同



成立的时间问题。有人提出网上订购时,若使用在线支付,则款项被划出账户时合同成立,若使用邮寄付款,则以邮戳为准。这显然对商家不利,那么未付款的合同是否成立呢?

1. 电子合同成立的时间

一般情形下,合同的成立时间也就是合同的生效时间。我国《合同法》第四十四条就规定:依法成立的合同,自成立时生效。

所谓电子合同成立时间是指电子合同当事人产生法律约束力的时间。一般情况下电子合同的成立时间就是电子合同的生效时间,合同成立的时间是对双方当事人产生法律效力的时间。

我国《合同法》第二十六条规定:“承诺通知到达要约人时生效……采用数据电文形式订立合同的,承诺到达的时间适用本法第十六条第二款的规定”。第十条第二款规定:“采用数据电文形式订立合同,收件人指定特定系统接收数据电文的,该数据电文进入该特定系统的时间,视为到达时间;未指定特定系统的,该数据电文进入收件人的任何系统的首次时间,视为到达时间。”可以看出,我国《合同法》坚持了“到达主义”的传统。

现实生活中消费者在网上购物时,当点击“确认”时,即已作出了“承诺”,此时电子合同已告成立。至于付款方式,实际上将进入电子合同的履行阶段。

认定发送和接收电子合同的时间对于判断交易成立和生效具有重要的意义。我国的《合同法》对此只是作出了原则性的规定。根据《合同法》和民事法律关系基本原理和电子合同的实际情况,认定发送和接收电子通信时间的默认规则为,在双方没有相反约定的情况下,某个电子信息进入某个输送人无法控制的信息系统就视为该信息已经被发送,如果信息先后进入了多个信息系统,则信息发送的时间以最先进入其网络服务提供者的服务器,在发送到接收人的计算机系统,那么该信息被发送的时间就是先进入网络服务提供者的服务器的时间。在判断信息接收时间方面,如果电子信息的接收人指定了一个信息接收系统,则电子信息进入该系统的时间即为信息接收的时间。

2. 电子合同成立的地点

电子合同的成立地点,是指电子合同成立的地方。确定电子合同成立的地点涉及发生合同纠纷后由何地、哪级法院管辖及其适用的法律问题。我国《合同法》第三十四条规定:“承诺生效的地点为合同成立的地点。采用数据电文形式订立合同的,收件人的主要营业地为合同成立的地点。没有主要营业地的,其经营居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的,按其约定。”我国立法对电子意思表示采取的是“到达主义”,所以规定以收到地点为合同成立的地点,其原因是考虑到当事人意思自治原则和特殊性问题。

我国《合同法》第三十四条之所以这样规定,主要是因为电子交易中收件人接收或者检索数据电文的信息系统经常与收件人不在同一管辖区内,上述规定确保了收件人与视为收件地点的所在地有着某种合理的联系,可以说我国《合同法》这一规定充分考虑了电子商务不同于普遍交易的特殊性。

2.3.2 电子合同的效力

电子合同的成立只是意味着当事人之间已经就合同内容达成了意思表示一致，但合同能否产生法律效力、是否受法律保护还需要看他是否符合法律的要求，即合同是否符合法定的生效要件。

1. 电子合同生效的含义

电子合同的成立并不等于电子合同的生效，合同的生效是指已经成立的合同在当事人之间产生一定的法律拘束力。因为合同成立并具备一定的要件后便能产生一定的法律效力。但这种法律效力并不是指合同能够像法律那样产生约束力，而是指符合法定生效要件的合同，便可以受到法律的保护，并能够产生合同当事人所预期的法律后果。如果一方当事人不履行合同义务，另一方当事人则可以依靠国家强制力强制当事人履行合同并承担违约责任。这里强调的是合同对当事人的拘束性。

虽然我国的《合同法》没有对合同的生效作出具体的规定，但是电子合同是一种典型的民事法律关系。我国的《民法通则》第五十五条规定，民事法律行为应当具备以下几个要件：

- ① 行为人具有相应的行为能力。
- ② 意思表示真实。
- ③ 不违反法律或社会公共利益。

这些条件是合同生效的一般要件，有的电子合同还需具备特殊要件，如有些特殊的电子合同还需到有关部门办理批准登记手续后才能生效。

在大多数情况下，合同成立时即具备了生效的要件，因而其成立和生效时间是一致的。《合同法》第四十四条第一款规定：“依法成立的合同，自成立时生效。”

2. 电子合同的生效要件

电子合同的生效需具备以下几个法定要件。

1) 行为人具有相应的民事行为能力

行为人具有相应的民事行为能力的要件在学理上又被称为有行为能力原则或主体合格原则。行为人必须具备正确理解自己行为性质和后果，独立地表达自己的意思的能力。

2) 电子意思表示真实

电子意思表示真实是指利用资讯处理系统或者计算机而为真实意思表示的情形。电子意思表示的形式是多种多样的，包括电话、电报、电传、传真、电邮、EDI、互联网数据等，具体通过封闭型的 EDI 网络，局域网与互联网连接开放型的因特网或传统的电信进行电子交易信息的传输。



3) 不违反法律和社会公共利益

不违反法律和社会公共利益,是指电子合同的内容合法。合同有效不仅要符合法律的规定,而且在合同的内容上不得违反社会公共利益。

在我国,凡属于严重违反公共道德和善良风俗的合同,应当认定其无效。

4) 合同必须具备法律所要求的形式

我国现行的法律规定无法确认电子合同的形式属于哪一种类型,尽管电子合同与传统书面合同有着许多差别,但是在形式要件方面不能阻挡新科技转化为生产力的步伐,立法已经在形式方面为合同的无纸化打开了绿灯。法律对数据电文合同应给予书面合同的地位,无论意思表示方式是采用电子的、光学的还是未来可能出现的其他新方式,一旦满足了功能上的要求,就应等同与法律上的“书面合同”文件,承认其效力。

3. 合同成立与合同生效的不同

合同成立并不等于合同生效。《合同法》第一次将合同的成立与生效区分开来。这主要体现该在《合同法》第四十四条、第四十五条和第四十六条规定的内容中。结合《合同法》及其他法律的相关规定,可以对合同的成立与合同生效作出如下区分。

1) 体现的意志不同

合同是当事人之间达成的合意。但合同成立后,能否产生效力,能否产生当事人所预期的法律后果,并不是当事人意志所能决定的,它取决于国家法律对该合同的态度和评价。这就是说,即使合同已经成立,如果不符合法律法规规定的生效要件,仍然不能产生法律效力。所以,合同成立体现了合同自由的原则,体现了当事人的意志,而合同是否生效,则体现了国家对合同所作的肯定或否定的评价,反映了国家对合同关系的干预。

2) 反映的内容不同

合同的成立与生效是两个不同性质、不同范畴的问题。合同的成立属于合同的订立范畴,解决的是合同是否存在的事实问题,属于对合同的事实上的判断。而合同的生效属于合同的效力范畴,解决的是已经存在的合同是否符合法律规定,是否具有法律效力的问题。合同生效属于法律上的判断。合同成立是判断合同生效的前提,合同只有在成立以后,才谈得上生效问题。也就是说,合同成立后,只有符合生效条件的合同,才能受到法律保护。而不符合生效条件的合同,尽管其已经成立,并且也可能反映着当事人之间事实上发生了一定的经济往来关系,但这种合同及其反映的经济往来关系不仅得不到法律的保护,有时还要受到法律的制裁。

3) 构成要件不同

合同的成立是订约当事人就合同的主要条款达成合意,即合同因承诺生效而成立,故合同成立的条件一般就是承诺生效的条件。《合同法》第八条规定:“依法成立的合同,对当事人具有法律约束力。”在这里,合同“成立”的前提是“依法”,说明合同的成立应

当具有法定的构成要件。联系《合同法》第二章“合同的订立”关于合同的订立，包括合同的主体资格、合同的形式、合同的内容、合同的订立过程等的规定，可以看出合同成立的要件一般包括：

① 合同的主体必须有一方或多方当事人；仅有一方当事人是不可能产生合意的，因而不可能成立合同。

② 合同的内容必须具备合同的必备条款。

③ 合同的订立程序必须经过要约、承诺两个阶段，并达成合意，这是合同成立的根本要件，也是合同成立的实质要件。另外要式合同必须依合同方式，实践合同必须交付合同标的，合同才告成立。

合同生效的条件是判断合同是否具有法律效力的标准。对合同生效的构成要件，《合同法》并没有作出明确的规定。但从逻辑上看，合同只有成立，才能考察其是否有效，合同成立是合同生效的前提。因此，合同成立的要件也可以看成合同生效的要件。除此之外，根据《民法通则》第五十五条关于民事法律行为生效要件的规定精神，合同生效的要件还应当包括：

① 行为人具有相应的民事行为能力。

② 意思表示真实。

③ 不违反法律或社会公共利益。这些规定也就是合同生效的一般要件，也称实质要件。

有些合同，还须具备特殊要件方能生效。这些合同主要包括两种情形：一是附条件和附期限的合同。即当事人根据《合同法》第四十五条、第四十六条的规定：“附生效条件的合同，自条件成就时生效。”“附生效期限的合同，自期限届至时生效。”所订立的合同，在所附条件成就时或所附生效时间到来时，合同才能生效；二是有些合同必须具备法律所要求的形式。《民法通则》第五十六条规定：“民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特殊形式的，应当依照法律规定。”《合同法》第四十四条第三款所规定的：“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”即依照法律行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效时，在办理了批准、登记等手续后，合同才能生效。

4) 法律效力及产生的法律后果不同

《合同法》第八条规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更和解除合同。依法成立的合同，受法律保护。”合同成立以后，当事人不得对自己的要约与承诺随意撤回，合同不成立的后果仅仅表现为当事人之间的民事赔偿责任，这种责任一般表现为缔约过失责任。也就是说，合同不成立只能产生民事责任而不能产生其他法律责任。虽然合同生效以后当事人也必须按照合同的约定履行，这一点与合同成立的效力是一致的，且多数合同成立的时间就是生效的时间。但对于已成立但未生效的合同来说，其结果可能有多种：有的因依法批准登记或条件成就、期限届至而生效、因危害国家和社会公共利益而无效、也有的属于效力待定合同、可变更、可撤销合同，等等。其中，无效合同自始就没有法律上的约束力，当事人必须停止履行。如合同的无效是由于违反了国家的强制性规定而无效，有过失的当事人除了要承担一定的民事责任以外，还有可能产生行政或刑事上的责任。当事人恶意串通，损害国家、集体或



者第三人的利益，因此获得的财产应当收归国家所有或者返还集体、第三人。

5) 适用的法律与处理原则不同

对合同是否成立，应当主要适用《合同法》第二章关于“合同的订立”，要约与承诺的有关规定，以及证据法关于证明责任的规定。这样就可以将一些不符合成立条件而可能导致无效的合同，如仅仅某些条款不具备或不明确的合同，可通过推测、探究当事人的真实意思而将其补缺，尊重当事人的意志，通过解释合同将当事人的真实意愿表现出来，从而减少无效合同的产生，减少财产的损失和浪费，充分鼓励交易。而对合同是否有效的纠纷，则应当适用《合同法》第三章关于合同效力的有关规定。因为合同的效力体现了国家对合同的评价和干预，对于合同是否有效，就不能通过对合同当事人的意思的探究来加以认定。在此情况下，因无效合同内容或形式具有违法性，违反了法律的强制性规定或危害国家、集体第三人的利益，处理时就不能推测、探究当事人的真实意思而将其补缺并促成其生效，只能依据合同的生效制度确认合同无效。

4. 电子合同的效力问题

1) 电子合同具有书面形式的法律效力

联合国国际贸易法委员会 1996 年 6 月采用了《电子商业示范法》，该法指出：因为数码信息具有以后被引用的可能性，足以担当书面文件的任务，不能仅仅因为信息采用的方式是数码信息而否定其法律效力、有效性和可强制执行性。

我国 1999 年 10 月 1 日施行的《合同法》已将传统的书面合同形式扩大到数据电文形式。已赋予了电子合同与传统合同同等的法律效力。这种规定也完全符合国际贸易委员会建议采用的“同等功能法”。

2) 电子签名的效力与电子合同的成立

我国《合同法》第三十二条的规定，只有“自双方当事人签字或者盖章时合同成立”。在传统合同中，手签名或加盖公章的行为有两种功能：一是表明合同各方的身份；二是表明受合法约束的意愿。但在电子商务中，传统的签名方式很难应用于这种电子交易方式。因此，人们开始采用电子签名机制来相互证明身份。这种电子签名由符号及代码组成，具备了上述签名的特点和作用。2005 年 4 月 1 日起施行的《中华人民共和国电子签名法》第十四条规定：“可靠的电子签名与手写签名或者盖章具有同等的法律效力。”

我国《合同法》第三十三条规定：“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。”这就是说，在实行合同签署时运用电子签名，可以不签订确认书，直接使用电子签名；也可以根据实际情况，首先签订使用这种方法的确认书。后一种做法可以提高合同的可靠性，防止电子签名的伪造。实际上，《刑法》第二百八十条已规定了有关伪造、编造、毁灭国家机关的公文、印章以及公司、企业、事业单位、人民团体的印章的犯罪。

5. 电子合同效力的认定

1) 电子证据与电子合同

传统的确定交易各方权利义务的各种书面合同单证，被储存于计算机设备中的电子文件所代替后，这些电子文件就成为电子证据。由于电子商务中确定各方的权利和义务的各种合同和单证都是采用电子形式的，因此，电子证据作为一种新的能引起一定法律后果的行为载体，在诉讼中，已不仅仅是合同形式，同时也是具有证据意义的权利义务根据。《电子商务示范法》第九条规定：任何方面不得以数据电文形式不是原件为由否定其作为证据的可接受性。

当然，电子证据虽然应当是一种介于物证与书证之间的独立证据。但我国诉讼法目前对其法律效力并未明确规定，没有将其单列出来作为证据的一种，但因其属于计算机储存的能证明事实数据和资料，对照《民事诉讼法》第六十三条的规定，可将其归入“视听资料”类，且《民事诉讼法》也规定在提交原件确有困难时，可提交复制品或副本。而《合同法》也已规定了电子合同可以作为书面合同的形式，因此，我国法律在证据采纳方面的规定不构成将电子证据采纳为证据的障碍，只需在今后的立法或司法解释中加以明确即可。

2) 电子合同证据效力的认定

我国《民事诉讼法》第六十九条规定：“人民法院对视听资料，应当辨别真伪，并结合本案的其他证据，审查确定能否作为认定事实的根据。”可见，视听资料不能单独、直接地证明待证事实，属间接证据的范畴。同时，由于电子证据容易被伪造、篡改，加上易受人为的原因或环境和技术条件的影响而出错，故也应将电子证据归入间接证据。

按照法理学的理论，只有直接证据才能直接单独地证明案件主要事实，而间接证据必须和其他证据联系在一起才能证明案件的主要事实。因此，审查判断电子证据的真实可靠性和如何与其他证据结合起来认定案件事实将是最主要的工作。主要从以下几个方面进行审查：

- ① 审查电子证据的来源。包括形成时间、地点、制作过程等。
- ② 审查电子证据的收集是否合法。
- ③ 审查电子证据与事实的联系。只有与案件相关的事实或逻辑上是相关的事实才能被认为是证据。
- ④ 审查电子证据的内容是否真实，有无伪造、篡改等。
- ⑤ 结合其他证据进行审查判断。如与其他证据相一致，共同指向同一事实，就可认定其效力，作为定案根据，反之则不能。

3) 认定效力需注意的问题

① 在实践中，双方均予认可的电子证据，其打印件应当作为证据认定。因为当事人的承认性陈述本身就可以作为证据认定，而这种承认性陈述又可被电子证据的内容所印证，所以应当认定。

② 如当事人只提交打印稿，而原件已从计算机中永久删除，除对方认可，否则无论



对方是否有能力提出反证,该打印稿均不可作为定案根据,因为根本无法判断是否就是原件。这时不能以对方举不出反证而确认该证据有效。

③ 对有争议的电子证据,应先核对其电子签名,如相符,应认定系拥有该电子签名的人所收发,因为电子签名就是代表各人身份的电子标记,如私人印章一般,自己应当有保管义务,即使为他人盗用,也应对善意相对人承担责任;但如未用电子签名,在目前网络立法尚不完备的情况下,则较难处理;有学者认为,对于轻信未采用电子签名的合同行为,应承担相应的审查不严责任。

④ 由于电子系统的专业技术性太强,如使用公用资源的非注册用户或计算机“黑客”的侵袭就应另当别论。因此,对电子证据的取证将十分重要。目前,只能向网络服务提供商作调查和证据保全,查明对电子证据有无删改,再确定收发件网址与时间等。必要的情况下,应当引入专家评定制度,即由专门机构和专家对技术上的问题进行认证鉴定,以保证最大限度的公正合理性。

2.4 电子合同的履行

2.4.1 电子合同履行的概念

电子合同的履行是指合同的当事人按照合同的约定,全面或适当地完成各自应承担的合同义务,使合同关系得以全部终止的整个行为过程。合同的履行是一个行为过程,是合同效力的具体体现。我国法律对合同的履行规定了基本的要求,我国《合同法》第六十条规定:“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。”由于电子合同的履行中,交易的产品有数字化产品与非数字化产品之分,因此在履行上表现出不同。对于非数字化产品,其履行方式与传统方式没有较大的差异;对于数字化产品,由于其特殊性,合同履行中表现出较多不同。

2.4.2 电子合同的履行原则

1. 全面履行原则

全面履行原则又称为正确履行原则和适当履行原则,是指合同的当事人必须按照合同关于标的、数量、质量、价款或报酬、履行期限、履行方式等的约定,正确而完整地履行自己合同的义务。当事人一方在履行中对合同约定义务的任何一个环节的违反,都是违反了全面履行原则。

2. 诚实信用原则

《合同法》第六十条第二款规定:“当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”此规定可以理解为在合同履行问题上将诚实信用作为基本原则的确认。当事人在合同履行中不仅要适当、全面履行合同约定,还

要基于诚实信用原则，对对方当事人的履行债务的行为给予协助，使之能够更好地、更方便地履行合同。

根据诚实信用原则的要求，当事人在履行合同时至少应做到以下几点。

（1）债务人不得履行自己已知有害于债权人的合同，对于此种情形，债权人可以请求撤销合同。

（2）在以给付特定物为义务合同中，债务人于交付物之前，应以善良管理人的注意，妥善保管该物。

（3）在发生不可抗力或者其他原因致使合同不能履行或者不能按预定条件履行时，债务人应及时通知债权人，以便双方协商处理合同债务。

（4）在合同就某一有关事项未规定明确时，债务人应依公平原则并考虑事实状况合理履行。如电子合同中的告之债务人其收货地址和身份信息，债权人不得拒绝。

2.4.3 电子合同履行的特殊方式

从我国目前开展电子商务的情况来看，无论是哪一种产品，我们可根据支付与交货的方式将电子合同的履行方式分为三种：

① 在线支付，在线交货。

② 在线支付，离线交货。

③ 离线支付，离线交货。

对于有形产品的支付可采取在线或离线方式，而其交货必然要采取离线方式，因此对有形产品支付可以根据《合同法》的有关规定执行；而对于无形产品的支付，亦可采取在线或离线方式，因此在合同履行的时间、履行地、检验、退货方面有其特殊性。在电子合同履行中，可能需要第三方加入协助履行，比如在线支付，往往需要银行的网络化服务，信息访问许可合同，往往需要中介服务提供商提供的信息平台等。

2.4.4 电子合同当事人的权利与义务

合同当事人的权利和义务有所不同。电子合同除了具有实体权利义务关系外，还存在由特殊合同形式产生的权利义务关系，如数字签名法律关系、保护隐私权义务、信息披露义务等。

2.5 电子合同的违约救济

违约责任是指当事人不履行合同债务或者履行合同债务不符合规定时，依法产生的法律责任。违约责任既是违约行为的法律后果，同时也是合同效力的表现。所谓电子合同违约责任是指电子合同当事人因违反电子合同所应承担继续履行、赔偿损失等民事责任。电子合同是以数据电文形式表现的合同，同样也应当遵守传统合同法的一般要求，具有传统合同违约的一般特征。但由于电子合同非传统化的特征，因而电子合同违约还具有订立过程的虚拟性、采用数字签名等特征。



2.5.1 电子合同违约的归责原则

归责原则是指违约方承担民事责任的法律原则。合同违约的归责原则有两种，一种是过错责任原则，另一种是严格责任原则。

1. 过错责任原则

所谓过错责任原则是指一方违反合同的义务，不履行和不适当履行合同时，应以过错作为确定责任的要件和确定责任范围的依据。

2. 严格责任原则

严格责任原则指的是当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。因为违约责任源于当事人自愿成立的合同，如果以过错免责，对于相对人就不公平。从国际立法文件和合同法归责的发展的过程看，以严格责任为合同的归责原则是发展趋势。

电子合同的违约责任应以严格责任为主。严格责任原则更符合合同责任的本质。合同责任的基础在于违反了合同，而合同从本质上讲是双方合意的产物，也是当事人允诺的一种体现。因而，违约行为是违反了自己与他人约定的义务，这种义务是当事人自愿同意为自己设定或创制的，理应受其允诺的意思表示的拘束。合同责任作为违反这种义务应当承担的法律后果理应比侵权责任更为严格。严格责任更能发挥合同责任的功能。合同责任作为保障债权实现和债务履行的重要措施，其主要功能在于补偿性，即保障债权人能从债务人的财产中获得或尽可能获得因债务不履行所遭到的全部损失的补偿。严格责任原则在我国合同法的总则中予以明确规定，因而有理由认为其是合同责任的主要归责原则。

2.5.2 电子合同违约的免责事由

违约救济是指一方当事人违反合同约定或法律规定义务的情况下，另一方当事人依照合同约定或法律规定，以保障合同的法律约束力，维护其合法权益为目的而采取的各种措施的总称。违约救济的目的是保护受害方的权益，为了使其尽量避免或者减少违约造成的损失。电子合同的违约救济主要有实际履行、停止使用、继续使用、中止访问、支付违约金和损害赔偿等措施。

网络传输的特殊性也会产生传统法律中不曾有过的问题，因此，在明确严格责任的同时，还需规定免责的事由。电子合同违约的免责事由包括不可抗力、法律的特殊规定、债权人的过错和约定的免责条款等。所谓不可抗力是指不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。在网络中，下述情形可认为是不可抗力。

(1) 电子文件感染病毒。许可方尽到了合理注意的义务后，不承担责任。目前，计算机绝大部分安全威胁来自于病毒，它能够破坏计算机系统、影响计算机工作并能实现自我复制。如果许可方采取了合理的、积极有效的防御措施仍无法避免电子文件感染病毒，也就是说许可方尽了最大努力仍不能克服事件造成的损害后果，那么我们认为许可方不承

担违约责任。但这并不排除许可方返还对方的价款的义务。

(2) 非因自己原因的网络中断。如果当事人对此无法预见和控制，则应属不可抗力。

(3) 非因自己原因引起的电子错误。电子错误是在电子合同订立过程中，双方当事人因使用信息系统而产生的错误或者变异。若电子错误是由于系统本身的程序缺陷导致消费者作出错误的意思表示，则消费者不应承担违约责任。

(4) 因遭受攻击而不能履行的，也应免责。

不可抗力或当事人在免责条款中约定的免责事由导致合同义务人违约，可以免除当事人责任，但并非当然或者全部免除义务人责任。当不可抗力并没有导致合同义务人不能履行合同，或者仅导致义务人不能履行部分合同义务时，义务人就不能被免除责任或者只能免除部分责任。只有当不可抗力导致义务人不能履行全部合同义务时，才能被免除承担全部违约责任。另外若当事人延迟履行后发生不可抗力的，不能免除责任；若当事人订立的不可抗力条款违反了《合同法》第五十二条的禁止性规定的，依法不能免责。

2.5.3 电子合同违约救济的主要方式

1. 实际履行

请求实际履行是债权人享有的一项权利。在许可方违约时，要求许可方实际交付，使被许可方能够实际使用。通过保证合同得到切实执行以实现缔约目的，有利于减少当事人尤其是接受方的利益损失。

2. 停止使用

停止使用是指因被许可方的违约行为，许可方在撤销许可或解除合同时，请求对方停止使用并交回有关信息。停止使用对电子信息产品而言有着特殊的意义，因为电子合同终止后，交回的如果只是信息产品的载体，并没有实际意义，只有停止使用才能保护许可方的利益。但如果被许可的信息在许可过程中已发生改变或与其他信息混合，使之无法分离，则无需也无法交回。

3. 继续使用

继续使用是指在合同终止或许可方违约时，被许可人可以继续使用许可方的信息。继续使用不同于继续履行。继续履行是当事人未能按照合同约定正常履行义务时，由法律强制其继续履行该义务；但是在被许可方实际使用或者获得许可后，许可方违约，被许可方可以继续使用。

4. 中止访问

对信息许可访问合同的救济，当被许可方有严重违约行为时，许可方可以中止其获取信息。中止访问是许可方对被许可方的一种抗辩行为，是履行中的抗辩。

5. 支付违约金

违约金是当事人在合同约定的一方违约应向另一方支付的金额。违约金的支付一般服



从双方约定。但由于约定的违约金具有预定的赔偿性质，当约定的违约金过分高于或者低于违约金造成损失的，当事人可以请求法院或者仲裁机构予以适当减少或者增加。

6. 损害赔偿

损害赔偿是最基本的和最重要的违约救济方式。它与上述几种违约救济方式是互补的，一方违约后，除了要求其采取特定补救方式处理，对于已造成的损害还应予以赔偿。损害赔偿的作用在于使受害者得到完全的赔偿。损害赔偿的最主要特点，一是适用范围极其广泛；二是即使违约方履行了义务或采取了救济措施，只要守约方还有损失，仍可要求损害赔偿。

本章小结

合同是平等主体的公民、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务的协议。电子合同（Electronic Contract）指的是平等民事主体之间通过电子信息网络，以数据电文的形式达成的设立、变更、终止民事权利义务的协议。电子合同的特殊性主要在于其记载或传递当事人意思表示内容的方式或形式发生了变化，即使用了电子数据形式表现和传递合同。与传统合同相比，电子合同具有显著的无纸化、虚拟化、快速化、技术化与标准化、电子化及安全化。

合同的订立一般经过要约和承诺两个过程。“要约”是指一方当事人以缔结合同为目的，向对方当事人提出要约条件，希望对方当事人接受的意思表示。“承诺”是指受要约人作出的同意要约以及成立合同的意思表示。要约一经承诺，合同即告成立。通过网络达成的电子合同也遵循这样的基本规则。网络环境给人们判断页面上的商品信息是要约还是要约邀请带来一定困难，所以我们更要注意要约和要约邀请的区分。只有在构成要约的情形下，相对人点击或确认为才构成承诺。

在使用数据电信情形下，要约人很难撤回要约。同样，在线交易中，要约能否撤销取决于交易的具体方式。在一方发出要约之后，另一方并不一定立即自动作出回应的情况下，网上要约一般也可以撤销。这一规则同样适用于承诺的撤销。

我国对于网上要约和承诺采用到达主义规则，这不仅为我国《合同法》所确认，而且也与国际电子商务立法趋势相一致。到达规则缺陷是发信人不能立即判定发送信息是否到达、何时到达。对于这种不确定，当事人可以通过“确认收讫”加以避免。一般来说，除非当事人有特别约定或法律明确规定，确认收讫仅仅表明接收人收到电子信息，而非承诺。确认收讫不是合同订立的必经程序。

电子合同的特殊性在于其订立过程和形式不同，在其履行、终止、违约救济等方面基本上可以直接适用普通合同的规则。电子合同的履行方式主要有三种：在线支付，在线交货；在线支付，离线交货；离线支付，离线交货。在违约救济方面，电子合同的违约救济主要方式有实际履行、停止使用、中止访问、支付违约金及损害赔偿等。

案例分析

案例：甲企业（本案例下称“甲”）向乙企业（本案例下称“乙”）发出传真订货，该传真列明了货物的种类、数量、质量、供货时间、交货方式等，并要求乙在10日内报价。乙接受甲发出传真列明的条件并按期报价，亦要求甲在10日内回复；甲按期复电同意其价格，并要求签订书面合同。乙在未签订书面合同的情况下按甲提出的条件发货，甲收货后未提出异议，亦未付货款。后因市场发生变化，该货物价格下降。甲遂向乙提出，由于双方未签订书面合同，买卖合同不能成立，故乙应尽快取回货物。乙不同意甲的意见，要求其偿付货款。随后，乙发现甲放弃其对关联企业的到期债权，并向其关联企业无偿转让财产，可能使自己的货款无法得到清偿，遂向人民法院提起诉讼。

案例讨论题：

1. 试述甲传真订货、乙报价、甲回复报价行为的法律性质。
2. 买卖合同是否成立？并说明理由。
3. 对甲放弃到期债权、无偿转让财产的行为，乙可向人民法院提出何种权利请求，以保护其利益不受侵害？对乙行使该权利的期限，法律有何规定？

思考题

1. 什么是电子合同？与传统合同相比，电子合同具有哪些特征？
2. 电子合同的类型有哪些？
3. 简述电子合同与传统合同的区别。
4. 电子合同的订立必须经过哪两个程序？
5. 简述要约与要约邀请的区别。
6. 简述要约的撤回与撤销的区别。
7. 承诺可以撤回吗？承诺可以撤销吗？
8. 合同订立意味着合同成立吗？请说明理由。
9. 电子合同的履行方式有哪几种？
10. 试述电子合同的违约救济方式。

第3章 电子签名与电子认证法律问题

【学习目标】

- 理解掌握电子签名的概念及数字签名技术；
- 掌握电子签名和数据电文具有的法律效力；
- 掌握电子认证及与电子认证相关的三种法律关系；
- 理解认证机构的概念及其管理；
- 了解数字签名技术及电子签名的实现方法和功能；
- 了解电子签名法的立法背景和目的。

3.1 电子签名法

3.1.1 电子签名法的概念与功能

从20世纪80年代至今，以互联网和电子商务为代表的信息产业获得了飞速发展，世界也随之迈入网络时代。起初，人们认为网络是虚拟的时空，其上所发生的一切行为都与现实世界无关，但这一认识很快就被各种因数据交换和互联网而频繁发生的纠纷所否定。事实证明，网络其实是与现实世界紧密相连的整体，而绝非想象的真空。

美国犹他州于1995年颁布的《数字签名法》是全世界范围内第一部全面规范电子签名的法律，欧盟和欧洲各国也很快出台了相关法律。在我国，广东、上海等地也较早完成了与数字签名有关的地方性法规和规章的建设，并出现了一些电子签章的认证机构。中央一级的立法则是从2002年开始的，当时国务院信息办委托有关单位开始起草《中华人民共和国电子签章条例》，最初的定位是行政法规，但在网络经济和数据电信事业迅猛发展的背景下，国务院决定直接将该立法的层级提高为法律。在对原来起草的条例内容进行了较大幅度的修改后，形成了《中华人民共和国电子签名法（草案）》。2004年3月24日，在温家宝总理主持的国务院常务会议上，《中华人民共和国电子签名法（草案）》获得原则通过，随即被提交全国人大讨论。4月2日，十届全国人大常委会第八次会议第一次对该法进行了审议，6月21日，十届全国人大常委会第十次会议再次对该草案进行了审议。2004年8月28日中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过了《中华人民共和国电子签名法》，并于2005年4月1日起施行。《中华人民共和国电子签名法》通过确立电子签名的法律效力和签名规则，设立电子认证服务市场准入制度，加强对电子认证服务业的监管，规定电子签名安全保障制度等，来规范各方当事人在电子签名活动中的行为，确立其行为准则。

传统交易中，为了保证交易安全，一份书面合同一般要由当事人签字或盖章，能够让

交易对方识别是谁签的合同，并能保证签字或者盖章的人认可合同的内容，法律上才承认这份合同是有效的。电子商务中，合同或者文件是以电子的形式表现和传递的，传统的手写签字和盖章无法进行，必须靠技术手段替代。因此需要一种电子签名的手段，这种电子签名必须能够在电子文件中识别交易人的身份，保证交易安全，起到与手写签字或者盖章同等的作用。要实现电子签名不仅需要技术保障，更需要法律保障。电子签名技术在我国早已成熟，可是由于没有法律保障，妨碍了电子签名的实际应用。在传统的法律环境下，电子签名的应用遇到如下法律问题：一是因电子签名、数据电文是否具有法律效力无明文规定，造成了电子商务和电子政务发展的法律障碍，客观上制约了电子商务和电子政务的发展；二是电子签名的规则不明确，对电子签名人的行为缺乏规范，发生纠纷后责任难以认定；三是电子认证服务提供者的法律地位和法律责任不明确，行为不规范，认证的合法性难以保证；四是电子签名的安全性、可靠性没有法律保障，交易双方对电子交易的安全没有信心。

《电子签名法》分为五章共三十六条，包括总则、数据电文、电子签名与认证、法律责任和附则。它主要解决了以下几个问题：一是确立了电子签名的法律效力；二是规范了电子签名的行为；三是明确了认证机构的法律地位及认证程序，并给认证机构设置了市场准入条件和行政许可的程序；四是规定了电子签名的安全保障措施；五是明确了认证机构行政许可的实施主体是国务院信息产业主管部门。

《电子签名法》中明确规定该法自2005年4月1日起施行，即自2005年4月1日起，有关数据电文、电子签名与认证以及违反本法规定应当承担的责任等都应当执行本法的规定。

3.1.2 电子签名的概念、实现方法及功能

1. 电子签名的概念

签名，一般是指一个人用手亲笔在一份文件上写下名字或留下印记、印章或其他特殊符号，以确定签名人的身份，并确定签名人对文件内容予以认可。传统的签名必须依附于某种有形的介质，而在电子交易过程中，文件是通过数据电文的发送、交换、传输、存储来形成的，没有有形介质，这就需要通过一种技术手段来识别交易当事人，保证交易安全，以达到与传统手写签名相同的功能。电子签名要能够在电子文件中识别双方交易人的真实身份，保证交易的安全性和真实性以及不可抵赖性，要起到与手写签名或者盖章同等作用。

联合国贸易发展委员会的《电子签名示范法》中对电子签名给出如下定义：“在数据电文中以电子形式所含、所附或在逻辑上与数据电文有联系的数据，它可用于鉴别与数据电文相关的签名人和表明签名人认可数据电文所含信息。”

在欧盟的《电子签名共同框架指令》中规定，“以电子形式所附或在逻辑上与其他电子数据相关的数据，作为一种判别的方法”称电子签名。

《中华人民共和国电子签名法》第二条中规定：“本法所称电子签名，是指数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份并标明签名人认可其中内容的数据。本法所称数据电文，是指以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者存储的信息。”



具体来说,电子签名的概念包括以下内容。

(1) 电子签名是以电子形式出现的数据。

(2) 电子签名是附着于数据电文的。电子签名可以是数据电文的一个组成部分,也可以是数据电文的附属,与数据电文具有某种逻辑关系,能够使数据电文与电子签名相联系。

(3) 电子签名必须能够识别签名人身份并表明签名人认可与电子签名相联系的数据电文的内容。

电子签名具有多种形式,诸如:附着于电子文件的手写签名的数字化图像,包括采用生物笔记鉴别法所形成的图像;向收件人发出正式发送人身份的密码、计算机口令;采用特定生物技术识别工具,如指纹或是眼虹膜透视辨别法等。无论采用什么样的技术手段,只要符合《电子签名法》第二条规定的条件,就是《电子签名法》所称的电子签名。

此外,《电子签名法》还对可靠的电子签名作出如下规定。

“第十三条 电子签名同时符合下列条件的,视为可靠的电子签名:

- (一) 电子签名制作数据用于电子签名时,属于电子签名人专有;
- (二) 签署时电子签名制作数据仅由电子签名人控制;
- (三) 签署后对电子签名的任何改动能够被发现;
- (四) 签署后对数据电文内容和形式的任何改动能够被发现。

当事人也可以选择符合其约定的可靠条件的电子签名。”

2. 电子签名的实现方法

目前,实现电子签名的方法有多种技术手段,前提是在确认了签署者的确切身份即经过认证之后,人们可以用多种不同的方法签署一份电子记录。这些方法有:基于 PKI(Public Key Infrastructure, 公钥基础设施)的公钥密码技术的数字签名;用一个独一无二的以生物特征统计学为基础的识别标志,例如,手书签名和图章的电子图像的模式识别;手印、声音印记或视网膜扫描的识别;一个让收件人能识别发件人身份的密码代号、密码或个人识别码 PIN;基于量子力学的计算机等。但比较成熟的,使用方便并具有可操作性的,在世界先进国家和我国普遍使用的电子签名技术还是基于 PKI(Public Key Infrastructure, 公钥基础设施)的数字签名技术。

基于 PKI(公钥基础设施)的电子签名被称为“数字签名”。有人称“电子签名”就是“数字签名”,这是错误的。数字签名只是电子签名的一种特定形式。电子签名虽然获得了技术中立性,但也带来使用的不便。所以,法律上又对电子签名作了进一步规定,如前述联合国贸发会的《电子签名示范法》和欧盟的《电子签名共同框架指令》中就规定了“可靠电子签名”和“高级电子签名”,实际上就是规定了数字签名的功能,这种规定使数字签名获得了更好的应用安全性和可操作性。目前,具有实际意义的电子签名只有公钥密码理论。所以,目前国内外普遍使用的、技术成熟的、可实际使用的还是基于 PKI 的数字签名技术。作为公钥基础设施的 PKI 可提供多种网上安全服务,如认证、数据保密性、数据完整性和不可否认性,其中都用到了数字签名技术。这也是本章叙述的重点。

所谓“数字签名”就是通过某种密码运算生成一系列符号及代码组成电子密码进行签

名，来代替书写签名或印章。对于这种电子式的签名还可进行技术验证，其验证的准确度是一般手工签名和图章的验证所无法比拟的。“数字签名”是目前电子商务、电子政务中应用最普遍、技术最成熟、可操作性最强的一种电子签名方法。它采用了规范化的程序和科学化的方法，用于鉴定签名人的身份以及对一项电子数据内容的认可。它还能验证出文件的原文在传输过程中有无变动，确保传输电子文件的完整性、真实性和不可抵赖性。

3. 电子签名的功能

传统的签名主要有三个功能：一是证明文件的来源，即识别签名人；二是表明签名人对文件内容的确认；三是构成签名人对文件内容正确性和完整性负责的根据。

可靠的电子签名也能够与传统商务活动中的签名盖章具有相同的功能。此外，基于 PKI 技术的数字签名还具有三项新增的功能。

（1）保密功能。经过数字签名的数据电文只有在接收方知道发送方的公钥时才能够对密文进行解密而得到明文。互联网遵循 TCP/IP 协议，是一个开放的网络，在网络上的其他人即使截取了密文，但由于没有发送方的公钥也无法解密。所以，使用数字签名大大提高了数据电文的保密性。此外，在数字签名中还可以采用数字信封技术来保证通信内容的高度保密。

（2）识别机器的身份。在网络上人们使用域名连接到特定的服务器进行交易，如果客户连接到错误的服务器，就可能出现被欺诈的危险，例如，连接到错误的银行网站，输入的银行卡号和密码就可能被盗，给客户造成损失。使用基于 PKI 和数字签名的服务器证书就能够证明客户访问的服务器确实是客户想要访问的服务器，从而避免欺诈情况的发生。

（3）数字时间戳、VPN（虚拟专用网）证书、软件发行者证书等其他新增功能。

3.1.3 数字签名技术

1. 数字签名

数字签名在 ISO 7498-2 标准中定义为：“附加在数据单元上的一些数据，或是对数据单元所作的密码变换，这种数据和变换允许数据单元的接收者用以确认数据单元来源和数据单元的完整性，并保护数据，防止被人（例如接收者）进行伪造。”美国电子签名标准对数字签名作出如下解释：“利用一套规则和一个参数对数据计算所得的结果，用此结果能够确认签名者的身份和数据的完整性。”按上述定义，PKI 可以提供数据单元的密码变换，并能使接收者判断数据来源及对数据进行验证。

PKI 的核心执行机构是电子认证服务提供者，即通称的认证机构 CA（Certification Authority）。PKI 签名的核心元素是由 CA 签发的数字证书，它所提供的 PKI 服务就是认证、数据完整性、数据保密性和不可否认性。它的做法就是利用证书公钥和与之对应的私钥进行加/解密，并产生对数字电文的签名及验证签名。数字签名是利用公钥密码技术和其他密码算法生成一系列符号及代码组成电子密码进行签名，来代替书写签名和印章。这种电子式的签名还可进行技术验证，其验证的准确度是物理世界中对手工签名和图章的验



证所无法比拟的。这种签名方法可在很大的可信 PKI 域人群中进行认证,或在多个可信的 PKI 域中进行交叉认证,它特别适用于互联网和广域网上的安全认证和传输。

2. 数字证书

数字证书或称电子证书,简称为证书,它是 PKI 的核心元素,由认证机构服务者所签发,它是数字签名的技术基础保障。它符合 X.509 标准,是网上实体身份的证明,证明某一实体的身份以及其公钥的合法性,证明该实体与公钥二者之间的匹配关系。证书是公钥的载体,证书上的公钥唯一与实体身份相绑定。现行的 PKI 机制一般为双证书机制,即一个实体应具有两个证书,两个密钥对,一个是加密证书,一个是签名证书,加密证书原则上是不能用于签名的。

证书在公钥体制中是密钥管理的媒介,不同的实体可以通过证书来互相传递公钥,证书是由具有权威性、可信任性和公正性的第三方机构所签发。因此,它是权威性电子文档。

3. 数字签名的技术实现

对一个电子文件进行数字签名并在网上传输,其技术实现过程大致如下:首先要在网上进行身份认证,然后再进行签名,最后是对签名的验证。

(1) 认证。PKI 提供的服务首先是认证,即身份识别与鉴别,就是确认实体即为自己所声明的实体。认证的前提是甲乙双方都具有第三方 CA 所签发的证书,认证分单向认证和双向认证。

① 单向认证是甲乙双方在网上通信时,甲只需要认证乙的身份即可。这时甲需要获取乙的证书。获取的方式有两种:一种是在通信时乙直接将证书传送给甲;另一种是甲向 CA 的目录服务器查询索取。甲获得乙的证书后,首先用 CA 的根证书公钥验证该证书的签名,验证通过则说明该证书是第三方 CA 签发的有效证书。然后检查证书的有效期并检查该证书是否已作废(LRC 检查)而进入黑名单。

② 双向认证。双向认证是甲乙双方在网上通信时,甲不但要认证乙的身份,乙也要认证甲的身份。其认证过程的每一方向都与前述单向认证过程相同,即乙方也用同样的过程认证甲方的证书有效性。双向认证过程如图 3.1 所示。

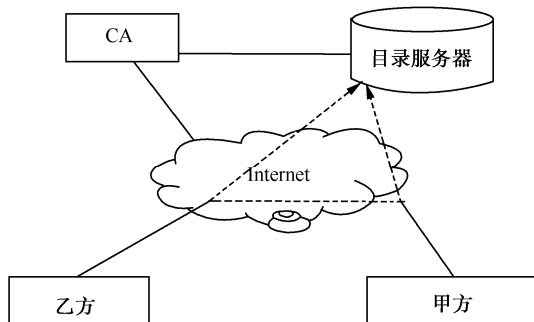


图 3.1 双向认证过程

甲乙双方在网上查询对方证书的有效性 & 黑名单时,是采用的 LDAP (Light Directory Access Protocol) 协议,它是一种轻型目录访问协议。

（2）数字签名与验证。网上通信的双方，在互相认证身份之后，即可发送签名的数据电文。数字签名的全过程分两大部分，即签名与验证。数字签名与验证的过程及技术实现的原理如图 3.2 所示。

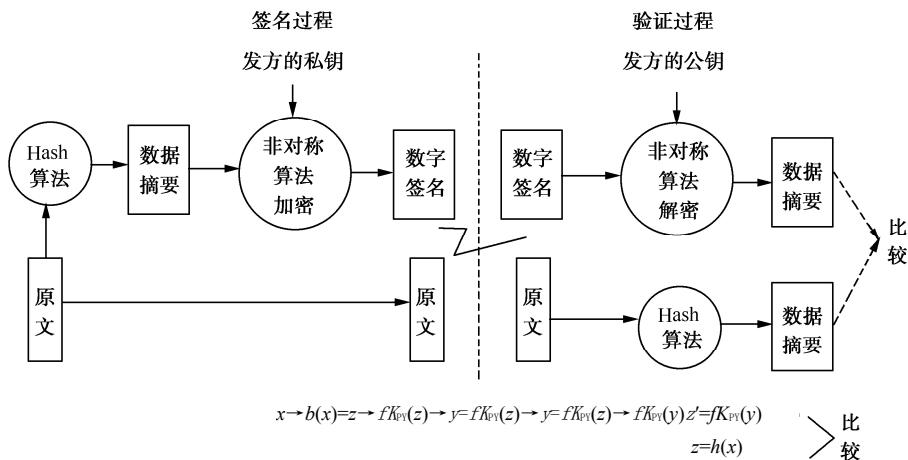


图 3.2 数字签名与验证的过程及技术实现的原理

如图 3.2 所示的数字签名过程分两部分：左侧为签名，右侧为验证过程。即发方将原文用哈希（Hash）算法求得数字摘要，用签名私钥对数字摘要加密得到数字签名，发方将原文与数字签名一起发送给接收方；接收方验证签名，即用发方公钥解密数字签名，得出数字摘要；接收方将原文采用同样的哈希算法又得一新的数字摘要，将两个数字摘要进行比较，如果二者匹配，说明经数字签名的电子文件传输成功。

3.1.4 电子签名和数据电文的法律效力

1. 电子签名的法律效力

《电子签名法》第十四条规定：“可靠的电子签名与手写签名或者盖章具有同等的法律效力。”

随着现代科学技术的发展，越来越多的技术手段被运用于电子签名领域。这些技术和手段主要包括计算机口令、眼虹膜网辨别技术以及数字签名技术等。在电子商务交易中以何种技术生成的电子签名才是安全可靠并具有法律效力的，这是电子签名法应当解决的问题。从世界各国的规定来看，主要有三种模式：一是采用技术特定化方案，即只承认数字签名的法律效力；二是技术中立方案，即在法律上不规定某种技术方案，而将技术方案的选择留给当事人各方约定；三是折中方案，即一方面规定了安全可靠的电子签名应该具备的条件，另一方面则没有限定采用何种技术的电子签名才具有法律效力。采纳这一模式的理由在于：随着科技的发展，电子签名技术也会不断地发展。电子签名技术手段的优劣，应由市场和用户作出判断，立法者只需要规定原则性标准；政府直接对具体技术作出选定，则风险过大，并可能导致电子商务市场的萎缩。另外，目前数字签名的技术已趋于成熟并



且被广泛运用于电子签名领域，需要以法律手段加以推行，以利于电子商务市场的成长。我国的《电子签名法》借鉴了《电子商务示范法》以及一些国家电子商务、电子签名立法的有关规定，确认了可靠的电子签名具有与手写签名或盖章同等的法律效力。

2. 数据电文的法律效力

(1) 关于电子签名活动中当事人意思自治原则、电子签名和数据电文的法律效力的规定。

《电子签名法》第三条规定：“民事活动中的合同或者其他文件、单证等文书，当事人可以约定使用或者不使用电子签名、数据电文。

当事人约定使用电子签名、数据电文的文书，不得仅因为其采用电子签名、数据电文的形式而否定其法律效力。

前款规定不适用下列文书：

- (一) 涉及婚姻、收养、继承等人身关系的；
- (二) 涉及土地、房屋等不动产权益转让的；
- (三) 涉及停止供水、供热、供气、供电等公用事业服务的；
- (四) 法律、行政法规规定的不适用电子文书的其他情形。”

当事人意思自治，是民事法律中的一项基本原则。即在民事活动中，除法律有强制性规定外，各民事主体可以自主决定自己的行为，交易各方可以自愿约定相互之间的权利义务关系。当事人意思自治的核心是尊重当事人自主的意思选择，从法律上承认当事人可以自由决定相互之间的法律关系。民事领域的活动虽然通过电子形式进行，但在本质上与一般的民事交易活动没有区别，因此同样应当遵循意思自治原则，由当事人自主约定是否使用数据电文、电子签名。应该注意的是，电子签名、数据电文的使用并不仅限于民事活动，还可以适用于电子政务活动和其他社会活动。

电子签名、数据电文虽然以电子形式出现而与手写签名、书面文件不同，但是法律不应仅因为这一点而不承认其法律效力。只要符合法律规定的条件，电子签名、数据电文与手写签名、书面文件具有同等的法律效力。因此，我国法律和有关国际组织、国家及地区的电子商务法或电子签名法一般都对电子签名、数据电文的法律效力问题作出规定，要求不得以其采用电子形式而加以歧视。

电子交易是一种新型的交易方式，电子签名、数据电文尚未在社会活动中获得广泛应用，广大民众的认知度不高。同时，电子签名、数据电文的应用需要借助于一定的技术手段，物质条件也会限制一部分民众使用这种交易方式。由于上述原因，并基于交易安全因素的考虑，一些国家和地区的电子签名法或电子商务法规定某些领域不适用这种交易方式。我国也不例外。《电子签名法》参考外国的立法，并结合我国的实际情况，规定了电子签名和数据电文不适合的情况包括：涉及婚姻、收养、继承等人身关系的文书；涉及土地、房屋等不动产权转让的文书；涉及停止供水、供热、供气、供电等公用事业服务的文书。同时，为了使《电子签名法》在实施过程中具有更大的灵活性，还规定了一个兜底条款，即法律、行政法规可以对其他不适用电子文书的情形作出规定。

（2）关于数据电文证据力的规定。

《电子签名法》第七条规定：“数据电文不得仅因为其是以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者存储的而被拒绝作为证据使用。”

数据电文能否在法律上作为证据使用，一直是各国电子商务、电子签名立法中争议比较大的问题。这主要是因为，数据电文以电子形式出现，修正、更改或者补充各种数据非常方便，并且可以不留下任何痕迹。一般认为，除非将存储在计算机硬盘或其他类似载体的数据电文用纸质媒介打印出来，在计算机存储的数据电文可以人为地或非人为地被销毁、改变而不留下任何痕迹。即使对数据电文进行加密也不能保证绝对安全，各种加密技术都有解密的可能。同时，当交易以电子形式进行时，数据电文只存在于交易双方的信息系统之中，缺乏第三人佐证。但是，如果不允许数据电文作为证据使用，使当事人在纠纷发生时不能用数据电文证明其之间的权利义务关系，将使交易安全无法保证，使当事人对电子交易缺乏信心。同时，证据特别是书面证据的主要功能就是通过原始形式准确、完整地展现所载内容，在数据电文能够满足法律规定的原件形式要求下，数据电文在一定程度上已经可以起到证据的作用。因此，不应否定数据电文的证据效力，但可以规定一定条件，对数据电文的证据效力作出限制。联合国《电子商务示范法》就对此作出了规定：“在任何法律诉讼中，证据规则的使用在任何方面均不得以下述任何理由否定一项数据电文作为证据的可接受性：仅仅以它是一项数据电文为由；如果它是举证人按合理预期所能得到的最佳证据，以它并不是原样为由。”同时还规定，在评估一项数据电文的证据力时，应考虑到生成、存储或传递该数据电文的办法的可靠性，保持信息完整性的办法的可靠性，用以鉴别发端人的办法以及任何其他相关因素。一些国家也在电子商务法、电子签名法中对数据电文作为证据的可接受性作出规定。《电子签名法》借鉴了联合国电子商务示范法，规定数据电文不得因为其是以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者存储的而被拒绝作为证据使用。但是，一项数据电文是否具有证据力，以及证据效力如何等问题，还需要依据《电子签名法》第八条的规定认定。

《电子签名法》第八条规定：“审查数据电文作为证据的真实性，应当考虑以下因素：

- （一）生成、存储或者传递数据电文方法的可靠性；
- （二）保持内容完整性方法的可靠性；
- （三）用以鉴别发件人方法的可靠性；
- （四）其他相关因素。”

一项数据电文是否真实以及在多大程度上具有证据力，需要综合考虑多种因素。主要是要考虑数据电文的可靠性。以上第八条对数据电文作为证据的真实性的判断作出了规定，包括：

① 生成、存储或者传递数据电文方法的可靠性。即在数据电文的生成、存储、传递等环节对其可靠性进行审查。在生成环节，考虑生成或录入数据电文的系统是否被非法人员控制，系统的维护和调试是否处于正常控制下，自动信息系统的程序是否可靠，录入者是否是在严格的控制下按照严格的操作程序并采用可靠的操作方法合法录入等；在存储环节，主要考虑数据电文采用了什么样的存储方法，这种方法是否可靠；在传递环节，要考



虑传递、接收数据电文时所采用的技术手段或方法是否科学、可靠，传递数据电文的网络运营商是否公正、专业，传递的过程中有无加密措施，有无可能被非法截获等。

② 保持内容完整性及方法的可靠性。一般应考虑记录数据电文的信息系统是否处于正常的运行状态；在正常的运行状态下，系统对数据电文的操作是否有完整的记录；该记录是在该数据电文操作的当时制作的还是在后期制作的等。

③ 用以鉴别发件人方法的可靠性。一般考虑该数据电文是否有发件人的电子签名，该电子签名所采用的方法是否可靠，是否采用了第三方认证等。

④ 其他相关因素。这里是指可以证明数据电文可靠、完整的相关因素。

(3) 关于数据电文形式要求的规定。数据电文能够具有什么样的法律效力还要依赖于这项数据电文符合什么形式的要求。这主要源于传统的民商法对文件形式的要求。例如，在传统的民商法中，合同的签订与履行以及交易中的文件、单据等无不涉及书面形式要求。又如法律对文书原件形式的要求主要是为了保证文书所载内容自最终形成时起未被改动，以使当事人对文书记载事项具有信心。民事活动中的物权凭证、流通票据，为了保证交易安全，一般都要求其以原件形式出现。再如为了使某一文书所含信息在一定的时间内均可以调取查用，会对其保存提出要求。税收征收管理法规定，从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人必须按照国务院财政、税务主管部门规定的保管期限保管账簿、记账凭证及其他有关资料。

《电子签名法》第四条规定：“能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为符合法律、法规要求的书面形式。”

这一条是关于数据电文符合法定书面形式要求的规定，借鉴了联合国《电子商务示范法》。根据该条规定，视为满足法律、法规要求的书面形式的数据电文应当具备两个条件：

① 能够有形地表现所载内容。即数据电文所要表达的内容能够通过某种形式表现出来，这种表现形式所有人都可以识读，也就是说，数据电文应当具有可读性。这是对符合书面形式要求的数据电文的最基本要求。

② 可以随时调取查用。即数据电文的内容应当是固定的，能够在一定的时间内稳定存续，在需要的时候可以重复展示，供当事人随时查阅。

《电子签名法》第五条规定：“符合下列条件的数据电文，视为满足法律、法规规定的原件形式要求：

(一) 能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用；

(二) 能够可靠地保证自最初形成时起，内容保持完整、未被更改。但是，在数据电文上增加背书以及数据交换、储存和显示过程中发生的形式变化不影响数据电文的完整性。”

这一条是关于数据电文符合法定原件形式要求的规定。

原件，即原始文件、原始资料，一般是指信息内容首次以书写、印刷等形式固定于其上的纸质或其他有形的媒介物。法律对文书的原件形式要求，主要是为了保证文书所载内容自最终形成时起未被改动，以使当事人对文书记载事项具有信心。如民事活动中的物权凭证、流通票据，为了保证交易安全，一般都要求其以原件形式出现。同时，一些证明性

文件如身份证明、资格证明，一般也都要求以原件形式出现，以保证其中内容的真实性。原件是与传统法律环境下的书面形式相联系的，只有传统的书面形式的文书才会有原件和副本的区别。数据电文是通过电子形式输入、生成、传输和存储的，以有形形式表现出来的总是“副本”，不可能有什么原件。因此，在法律要求某一文书采用原件形式时，在传统的法律环境下，数据电文是不能满足要求的。

这一条借鉴了联合国《电子商务示范法》和有关国家、地区的规定。根据该条规定，视为符合法律、法规规定的原件形式要求的数据电文，应当符合下列条件。

① 能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用。即该数据电文应当符合法律规定的书面形式要求。

② 能够可靠地保证自最终形成时起，内容保持完整、未被更改。即数据电文所载内容应当是完整的，未改动的。但是，对于数据电文的必要添加或形式的改变，将不影响数据电文的完整性，这种形式上的改变不属于对数据电文内容的改动。联合国《电子商务示范法》颁布指南指出：“如果在一份数据电文‘原件’末尾添加一份电子证书来证明该数据电文的原件性质，或者由计算机系统自动添加数据以便进行传递，这种添加将视为等同于对书面原件的一纸补充，或等同于用来寄发书面原件的信封和邮票。”因此，该条第二项规定：“但是，在数据电文上增加背书以及数据交换、存储和显示过程中发生的形式变化不影响数据电文的完整性。”

传统民商事法律中的背书，是指当事人在票据、单证等的背面记载有关事项并签字的行为。数据电文以电子形式存在，并无正面、背面之分，该条所讲的背书实际是指达到传统民商事法律中背书行为的等同功效的一种技术手段。如果采取某种技术手段可以在数据电文上达到与传统背书行为同样的功能，造成同样的法律后果，我们就可以将其视为“在数据电文上背书”，并且不影响数据电文内容的完整性。

《电子签名法》第六条规定：“符合下列条件的数据电文，视为满足法律、法规规定的文件保存要求：

- （一）能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用；
- （二）数据电文的格式与其生成、发送或者接收时的格式相同，或者格式不相同但是能够准确表现原来生成、发送或者接收的内容；
- （三）能够识别数据电文的发件人、收件人以及发送、接收的时间。”

这一条是关于数据电文符合法定文件保存要求的规定。

在一些法律中，为了使某一文书所含信息在一定的时间内均可以调取查用，会对其保存提出要求。税收征收管理法规定，从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人必须按照国务院财政、税务主管部门规定的保管期限保管账簿、记账凭证及其他有关资料。一项文书如果要达到法律规定的保存要求，一般要满足以下条件：该文书能够被随时调取查用；该文书所载内容能够被准确地重现，即每次调取查用时，所呈现的文书内容同该文书最终形成时的内容是完全一致的；对文书原始性的要求，即最好能够保存与原始文书有关的各种信息。

传统法律对文件保存的要求主要是针对纸质书面文书提出的，但是如果数据电文能够提供文件保存的功能，那么就应视为满足了法律规定的文件保存要求。该条借鉴了联合国



《电子商务示范法》和有关国家、地区的法律，规定符合上述条件的数据电文视为满足法律、法规规定的文件保存要求。

(4) 关于数据电文的发件人、收件人以及发送、接收时间的规定。

《电子签名法》第九条规定：“数据电文有下列情形之一的，视为发件人发送：

(一) 经发件人授权发送的；

(二) 发件人的信息系统自动发送的；

(三) 收件人按照发件人认可的方法对数据电文进行验证后结果相符的。

当事人对前款规定的事项另有约定的，从其约定。”

《电子签名法》第十条规定：“法律、行政法规规定或者当事人约定数据电文需要确认收讫的，应当确认收讫。发件人收到收件人的收讫确认时，数据电文视为已经收到。”

《电子签名法》第十一条规定：“数据电文进入发件人控制之外的某个信息系统的时间，视为该数据电文的发送时间。收件人指定特定系统接收数据电文的，数据电文进入该特定系统的时间，视为该数据电文的接收时间；未指定特定系统的，数据电文进入收件人的任何系统的首次时间，视为该数据电文的接收时间。当事人对数据电文的发送时间、接收时间另有约定的，从其约定。”

《电子签名法》第十二条规定：“发件人的主营业地为数据电文的发送地点，收件人的主营业地为数据电文的接收地点。没有主营业地的，经常居住地为发送或者接收地点。当事人对数据电文的发送地点、接收地点另有约定的，从其约定。”

3.2 电子认证法律问题

3.2.1 电子认证概述

1. 电子认证与认证机构

“认证”一词传统的意思就是鉴别，主要包含对事物真伪的辨识的意思，它既可以是第三人鉴别，也可以是当事人之间相互的鉴别。我们所说的“电子认证”是以特定的机构对电子签名及其签字者的真实性进行验证的具有法律意义的服务。在目前较为普遍应用的数字认证过程中，有一个把数字签名和特定的人或者实体加以联系的专门管理机构，这个特定的机构就是“认证机构”CA。CA作为电子商务交易中受信任的第三方，承担公钥的合法性验证的责任。CA中心为每个使用公开密钥的用户发放一个认证证书，认证证书的作用是证明证书所列出的用户合法拥有证书中列出的公开密钥。它负责产生、分配并管理所有参与网上交易的个体所需的认证证书，是安全电子交易的核心环节。

《电子签名法》第十六条规定：“电子签名需要第三方认证的，由依法设立电子认证服务提供者提供认证服务。”

这里所说的电子认证服务提供者就是指认证机构。认证机构是为了从根本上保障电子商务交易活动顺利进行而设立的，认证机构以其信誉为电子商务交易各方提供信用，解决

电子商务活动中交易参与各方身份、资信的认定，维护交易活动的安全，在电子商务交易中处于一个非常重要的独立的第三方主体的地位，其在交易活动中的权利义务对各信赖主体的判断、选择和交易都具有关键性的影响，因此必须依法设立。

例如，消费者和生产者（或需求方和供应方）利用网络形式开展的买卖活动，环节少、速度快、费用低。其流程程序可以用如图 3.3 所示的形式加以说明。

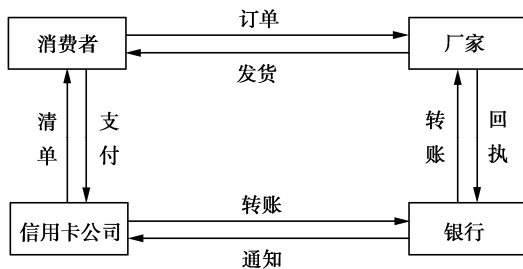


图 3.3 网络商品直销的流转程序

由图 3.3 可以看出，消费者在网上购买商品的过程可以分为以下六个步骤。

- (1) 消费者进入互联网，查看在线商店或企业的主页。
- (2) 消费者通过购物对话框填写姓名、地址，购买商品的品种、规格、数量和价格。
- (3) 消费者选择支付方式，如信用卡，也可选用借记卡、电子货币或电子支票等。
- (4) 在线商店或企业的客户服务器检查支付方服务器，确认是否认可汇款额。
- (5) 在线商店或企业的客户服务器确认消费者付款后，通知销售部门送货上门。
- (6) 消费者的开户银行将支付款项传递到消费者的信用卡公司，信用卡公司负责发给消费者收费清单。

由于在上述交易中，消费者和厂家（或需求方和供应方）相互不认识，为保证交易过程中的安全，需要有一个认证机构对参与网络的各方进行认证，以确认他们的真实身份，并保证传递的信息的真实性。此时图 3.3 演变为图 3.4 所示的形式。

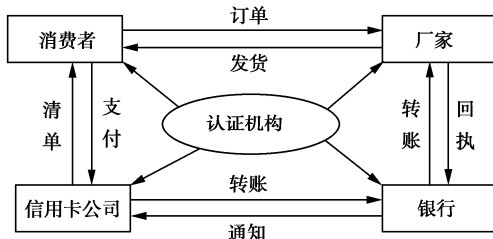


图 3.4 认证机构存在下的网络商品直销的流转程序

这里的认证机构既不是消费者（需求方）的代理人，也不是厂家（供应方）的代理人，而是一个公正的第三方，为交易双方提供认证服务，包括用户身份认证服务和用户信息认证服务。前者用于鉴别用户身份，保证通信双方身份的真实性；后者用于保证通信双方的不可抵赖性和信息的完整性。

电子签名与电子认证都是电子商务的保障。电子签名的目的是保护数据电文的安全，防止其内容的仿冒、更改或者否认。法律强调对电子签名安全技术标准的认定。电子认证



的目的是把电子签名和交易联系起来,确保对方得到的电子签名不是其他人假冒的。为此,法律强调对电子认证机构的组织结构和权利义务的分配,对认证机构的设立和监管,以及确定认证机构的归责原则及其赔偿责任。如果说电子签名主要用于数据电文本身的安全,并使之不被否认或者篡改,是一种技术手段上的保证,则电子认证是以特定的机构对电子签名及其签署者的真实性进行验证服务,主要应用于交易安全方面,是一种组织制度上的保证。

2. 电子认证的程序

电子签名的认证是指特定的机构通过一定的方法对签字者及其所做签字的真实性进行验证的过程。电子签名主要包括生理特征签名、电子化签名和数字签名三种。在对生理特征进行认证时,签字方应先将其采用的生理特征样本交给认证机构,以便文件接收方在鉴别签字时,可以到认证机构的网站将自己收到的签字与签署方提交给认证机构的样本加以对照;如果签署方使用的是电子化签名,那么其向认证机构提交的是电子化签名的原本样式;如果采用的是数字签名,那么其向认证机构提交的是公用密钥。可见,这三种认证过程基本相似。

目前,在开放性网络中被广泛使用的电子签名以数字签名为主,因此,认证机构也主要是对数字签名的真实性进行确认。电子认证的具体操作程序如下。

(1) 发件人利用密钥制造系统产生公钥和私钥。

(2) 发件人在做电子签名前,必须将他的身份信息和公钥送给一个经合法注册、具有从事电子认证服务许可证的第三方,也就是CA认证中心,向该认证中心申请登记并由其签发认证证书。

(3) 认证机构根据有关的法律规定和认证规则以及自己和当事人之间的约定,对申请进行审查。如果符合要求,就发给发件人一个认证证书,证明发件人的身份、公开密钥以及其他有关的信息。

(4) 发件人对其要约信息以其私钥制作数字签名文件,连同认证证书一并送给收件方,向对方发出要约。

(5) 收件方接收到电子签名文件和认证证书之后,根据认证证书的内容,向相应的认证机构提出申请,请求认证机构将对方的公开密钥发给自己。

(6) 收件人通过公钥和电子签名的验证,即可确信电子签名文件的真实性和可靠性。若认证机构有“认证废止目录”,则可以查询该目录以了解该认证证书是否依然有效。若收件人承诺,则电子合同成立。

由此可见,在电子文件环境中,CA认证中心起到了一个行使具有权威性、公证性的第三人的作用。而经CA认证中心颁发的认证证书就是证明签字者和他所有的电子签名之间的对应关系的电子资料,该资料指明并确认使用者名称及其公钥。使用者从公开地方取得证明后,只要查验证明书内容确实是CA认证机构所发,即可推断证明书内的公开密钥确实为该证明书相对应的使用者的密钥,进而确认经该密钥所验证的电子签名为其签署。

使用者把所接收到的电子签名和认证证书通过向认证机构验证而产生对签字者的信任,这实际上是通过认证机构的信任而产生的对签字者的信任。但是,如果该认证机构本身是使用方所不熟悉的、不信任的,那就无从解决签字者的信用问题了。这时可以采取

向该认证机构的上一级认证机构加以认证的办法来解决该认证机构本身的信任问题。如果上一级认证机构也不是使用者所信任的，那么可以向更高层次的 CA 申请认证，由该级 CA 的认证证书加以确认。以此类推，直到最高层次。最高层次 CA 认证机构为降低欺诈性 CA 的可能性，政府向该认证机构提供某种特殊服务，即该 CA 认证机构的密钥对所有各方公开。上一级认证机构负责下一级认证机构认证证书的申请、签发和管理的工作。通过一个完整的认证机构体系，有效地实现对认证证书的验证。每一份认证证书都和上一级的认证证书互相关联，最终通过安全认证链，追溯到一个已知的可信任的机构。由此就可以完成对各级 CA 认证证书的有效性的验证。

3. 在电子认证中所涉及的法律关系

首先，电子认证机构承担着对公众的责任。由于电子认证机构在整个电子商务体系中处于至关重要的地位，电子认证机构能否提供值得信赖的认证服务对公众利用电子商务来进行交易的信心有重要影响。所以，电子认证机构要通过订立和严格遵守电子认证业务规则，提供可靠的电子认证服务，来承担对公众的责任。公众利益的代表即政府，政府要通过信息产业主管部门来监督电子认证机构是否对公众负责。

网络交易不像传统交易，网络交易首先要搞清楚是在和谁做交易，他的身份是否真实，信用如何，而有关身份方面的事情，则由认证机构提供的证书来说明。这样，围绕认证证书这个核心形成了两种法律关系。

（1）电子认证机构与电子签名人之间的关系。

（2）电子认证机构与电子签名依赖方之间的关系。

电子签名人是指持有电子签名制作数据并以本人身份或者以其所代表的人的名义实施电子签名的人；电子签名依赖方是指基于对电子签名认证证书或者电子签名的信赖从事有关活动的人。

电子认证机构提供证书服务，目的是表明电子签名人身份信息的真实性。这是建立网络商事关系的前提。这种证书提供的服务是一种信息服务，双方的权利义务记载在该证书的申请、接受等认证业务规则中，用户要经申请才能获得这样的服务。电子认证机构与电子签名人即电子签名认证证书持有者是民事合同关系，电子认证机构依照合同约定承担责任。电子认证机构对电子签名依赖方的责任是基于法律规定而产生的，即两者是法律上的信赖关系，电子认证机构对电子签名依赖方的法定义务是其承担责任的基础。同时也应当看到，电子认证服务是一个高风险的行业，既有内部风险又有外部风险，并且一旦发生风险往往会造成非常严重的后果。电子认证机构在从事电子认证服务活动时当然应当尽合理的义务，承担相应的责任。但在无过错的情况下，不应承担责任，而无过错的举证责任要由认证机构承担。这是因为电子认证机构处于中立的第三方，其行为和信誉直接关系到电子签名人与电子签名依赖方的利益，且相对于电子签名人及电子签名依赖方又处于强势地位，一些国家均规定了较为严格的责任制度，且设立了举证责任倒置的制度，即电子认证服务提供者如能证明其对于责任事项无任何过错方可免责。

4. 在电子认证中所涉及的关键性数据电文

电子签名认证证书是指可证实电子签名人与电子签名制作数据有联系的数据电文或



者其他电子记录。目前最常用的认证证书是数字证书,它是由电子认证服务提供者签发的数据电文或相关记录,用以确认持有特定密钥者身份的文件。基于PKI(公钥基础设施)的数字证书是电子商务安全体系的核心,用途是利用公共密钥加密系统来保护和验证公众的密钥,由可信任的、公正的权威认证机构颁发。用户向认证机构申请证书时,可提交自己的身份证或护照,经认证机构对申请者所提供的信息进行验证,然后通过向电子商务各参与方签发数字证书,证书包含了用户的姓名等信息和其公钥,以此作为网上证明自己身份的依据,保证网上支付的安全性。有了数字证书,当事人在从事交易时,向相对方提交一个由认证机构签发的包含个人身份的证书,即可使对方相信自己的身份。

《电子签名法》第二十一条规定:“电子认证服务提供者签发的电子签名认证证书应当准确无误,并应当载明下列内容:

- (一) 电子认证服务提供者的名称;
- (二) 证书持有人名称;
- (三) 证书序列号;
- (四) 证书有效期;
- (五) 证书持有人的电子签名验证数据;
- (六) 电子认证服务提供者的电子签名;
- (七) 国务院信息产业主管部门规定的其他内容。”

电子商务具有开放性和全球性,在《电子签名法》中为了充分发挥电子商务的网络虚拟化和全球性的优势,在第二十六条中规定:“经国务院信息产业主管部门根据有关协议或者对等原则核准后,中华人民共和国境外的电子认证服务提供者在境外签发的电子签名认证证书与依照本法设立电子认证服务提供者签发的电子签名认证证书具有同等的法律效力。”

在电子认证中所涉及的关键性数据电文还包括电子签名制作数据及电子签名验证数据。前者指的是在电子签名过程中使用的,将电子签名与电子签名人可靠地联系起来的字符、编码等数据,后者指的是用于验证电子签名的数据,包括代码、口令、算法或者公钥等。

3.2.2 电子认证法律关系

1. 电子认证机构对公众的责任

电子认证机构能否提供令人信服的认证服务关系到公众利用电子商务从事交易的信心。公众要求电子认证机构制定、公布电子认证业务规则,包括责任范围、操作规范和信息安全保障措施。这有利于增强公众对于电子商务的信心,促进电子商务的发展。公众还需要电子认证服务者严格遵守自己制定的电子认证业务规则,妥善保存与认证相关的信息。这需要国家的监督,国家通过国务院信息产业主管部门来行使这一职责。

《电子签名法》第十九条规定:“电子认证服务提供者应当制定、公布符合国家有关规定的电子认证业务规则,并向国务院信息产业主管部门备案。

电子认证业务规则应当包括责任范围、作业操作规范、信息安全保障措施等事项。”

《电子签名法》第三十一条规定：“电子认证服务提供者不遵守认证业务规则、未妥善保管与认证相关的信息，或者有其他违法行为的，由国务院信息产业主管部门责令限期改正；逾期未改正的，吊销电子认证许可证书，其直接负责的主管人员和其他直接责任人员十年内不得从事电子认证服务。吊销电子认证许可证书的，应当予以公告并通知工商行政管理部门。”

电子认证业务规则，是电子认证服务提供者制定的，用于约束电子认证服务提供者以及电子签名人、电子认证证书的信赖者的业务声明，各方当事人必须遵守。电子认证服务提供者应当制定、公布符合国家有关规定的电子认证业务规则，并向国务院信息产业主管部门备案。电子认证服务是专业性很强的活动，由电子认证服务提供者制定有关业务规则是合理的，也是符合实际的。当然，电子认证服务者不能制定损害电子签名人和电子签名依赖方利益的、不公平的“霸王条款”。为了防止这种情况出现，《电子签名法》第十九条第一款规定了两项要求：一是电子认证服务者制定的电子认证业务规则要符合国家有关规定，而且还要公布；二是电子认证业务规则要向国务院信息产业主管部门备案，以接受监督。

电子认证业务规则主要包括以下事项。

（1）责任范围。电子认证服务提供者在提供认证服务过程中，由于未履行其应尽义务，尤其是保证其签发证书的真实、可靠性的义务，既可能产生对电子签名人的责任，也可能产生对电子签名依赖方的责任。电子认证服务提供者如能证明其对于责任事项无任何过错方可免责。《电子签名法》第二十八条也明确规定：“电子签名人或者电子签名依赖方因依据电子认证服务提供者提供的电子签名认证服务从事民事活动遭受损失，电子认证服务提供者不能证明自己无过错的，应承担赔偿责任。”

（2）作业操作规范。电子认证作业操作规范包括的内容非常广泛，如对数字证书申请身份审查的内容、提供相应的身份有效证件和审查流程，数字证书类别及证书申请、签发、撤销、更新等新的操作流程，以及信息公开的要求，主要是发布相关认证信息，如证书生效、失效等公开信息。

（3）信息安全保障措施。电子认证服务提供者是为互联网用户提供身份认证服务的。主要负责接受证书申请、审核申请人身份、签发证书及管理证书等服务，与其他互联网服务提供商一样，电子认证服务提供者所提供的服务也是通过互联网，因此也存在安全威胁，存在被攻击的可能，如非法入侵、植入病毒、窃取密钥等外部攻击。另外，认证系统内部也存在威胁，如内部工作人员的管理、机房的安全管理、软件的管理等。这些都需要制定具体的信息安全保障措施，防范风险。

如果电子认证服务提供者不遵守认证业务规则的规定，就构成了违法行为。如按照某电子认证服务提供者制定的电子认证业务声明的规定，电子认证服务提供者应当对认证证书申请者的身份进行鉴别。如果电子认证服务提供者对申请者所提供的材料没有进行验证，就会影响认证证书的真实性与安全性，构成违法行为，应依照相关规定承担相应的法律责任。

电子认证服务提供者应当妥善保管与认证相关的信息。这是《电子签名法》对电子认



证服务提供者规定的一项义务。考虑到与认证相关的信息涉及电子签名人的一些个人资料,还要保证电子签名依赖方能够证实或者了解电子签名认证证书所载内容及其他有关事项,电子认证服务提供者应当采取有效的措施予以保存,如应采取物理安全保障措施以使相关信息免遭恶劣环境或者突发事件等的破坏。如果未妥善保存信息,不能确保这些信息在规定的期限内满足查阅的需要,则构成违法行为,应承担相应的法律责任。

国务院信息产业主管部门有权制定电子认证服务业的具体管理办法。电子认证服务提供者对于国务院信息产业主管部门依法制定的电子认证服务业管理办法必须遵守,如果未遵守就构成违法行为,也应依照相关规定追究其法律责任。

电子认证服务提供者不遵守认证业务规则、未妥善保存与认证相关的信息,或者有其他违法行为的,首先由国务院信息产业主管部门责令限期改正,即责令违法行为人在规定的期限内纠正违法行为。如果电子认证服务提供者在规定的期限内未纠正违法行为,则由国务院信息产业主管部门吊销电子认证许可证书,同时,要对电子认证服务提供者的直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以资格处罚,即在十年内不得从事电子认证服务。

2. 认证机构与电子签名人之间的关系

电子签名人与认证机构之间的关系,一方面,可以视为认证服务机构和客户即消费者之间的服务关系,可以从有关消费者保护方面的法律规则中找到双方的权利义务规定;另一方面,双方的法律关系又是根据认证合同建立起来的,所以双方的权利义务可以从有关合同方面的法律规则以及合同本身的规定中找到依据。除此之外,《电子签名法》对电子签名人与认证机构之间的关系也作了如下规定。

《电子签名法》第二十条规定:“电子签名人向电子认证服务提供者申请电子签名认证证书,应当提供真实、完整和准确的信息。”

电子认证服务提供者收到电子签名认证证书申请后,应当对申请人的身份进行查验,并对有关材料进行审查。”

《电子签名法》第二十四条规定:“电子认证服务提供者应当妥善保存与认证相关的信息,信息保存期限至少为电子签名认证证书失效后五年。”

《电子签名法》第十五条规定:“电子签名人应当妥善保管电子签名制作数据。电子签名人知悉电子签名制作数据已经失密或者可能已经失密时,应当及时告知有关各方,并终止使用该电子签名制作数据。”

《电子签名法》第二十七条规定:“电子签名人知悉电子签名制作数据已经失密或者可能已经失密未及时告知有关各方并终止使用电子签名制作数据,未向电子认证服务提供者提供真实、完整和准确的信息,或者有其他过错,给电子签名依赖方、电子认证服务提供者造成损失的,承担赔偿责任。”

《电子签名法》第二十八条规定:“电子签名人或者电子签名依赖方因依据电子认证服务提供者提供的电子签名认证服务从事民事活动遭受损失,电子认证服务提供者不能证明自己无过错的,承担赔偿责任。”

《电子签名法》第三十二条规定:“伪造、冒用、盗用他人的电子签名,构成犯罪的,依法追究刑事责任;给他人造成损失的,依法承担民事责任。”

综上所述，在通常情况下，电子认证机构对电子签名人必须履行如下义务。

(1) 提供可靠、安全系统的义务。证书信赖人对电子签名的验证，完全有赖于通过电子认证机构的系统完成。所以，提供可靠的系统是完成认证机构和证书持有人之间合同的必要条件。同时，认证机构还应该建立认证系统的备份机制和紧急事件处理程序，确保在人为破坏或者发生自然灾害时认证系统和认证证书使用的安全。

(2) 谨慎审核的义务。对认证证书申请者所提交的有关材料的真实性，认证机构应该谨慎地加以审核。因为证书的发布、信赖方的信赖都依赖于对这些资料真实性的审查。

(3) 颁发证书的义务。一旦认证证书申请方的材料通过审核，认证机构就应该按照有关规定，颁发认证证书。

(4) 中止证书的义务。针对影响认证安全的紧急事件，经请求，认证机构应该中止证书的效力。中止证书只是暂时阻止证书的使用，待需要调查处理的事宜处理完毕后，再决定证书是否可以继续使用。

(5) 撤销证书的义务。证书的有效期限是有限制的，通常标示在证书的签署部分，规定了起始与期满的时间。然而，在某些情况下，用户必须在有效期满之前，停止对证书的使用。这些情况包括发生私钥泄露的危险，主体名称或与认证机构关系的改变等。在这些情况下，认证机构应该撤销证书。

(6) 披露信息的义务。认证机构应该将其所颁发的证书予以公布。因为如果只有用户知道证书的存在而交易，公众并不知道，就不能使证书起到其应有的作用。另外，申请认证证书应该符合什么条件，申请的程序，应提交的材料，哪些证书已被中止、撤销、终止等事项，都应该予以公布。

(7) 保护证书持有人的商业秘密和个人隐私的义务。

当然，电子认证机构在履行以上这些义务的时候，同时也拥有下列权利。

(1) 要求证书申请者提供真实信息的权利。

(2) 证书持有人的身份信息发生某种程度的变化的时候，电子认证中心有及时获得通知的权利。

(3) 在用户申请数字证书的重要事项不真实，用户数字证书已遭冒用、伪造、篡改，用户解散、终止，个人用户死亡等情况下，单方撤销或者中止证书的权利。

(4) 对所提供的服务收取费用的权利。

电子签名人即证书持有人必须对电子认证机构履行如下义务。

(1) 证书持有人对其身份、地址、营业范围等重要信息必须真实陈述。这是证书可信赖性产生的前提，这是其应履行的基本义务。

(2) 妥善保管私人密钥和证书的义务。

(3) 认证机构颁发证书时，用户有义务检验证书中所描述信息的准确性。

(4) 证书持有者应按照法律法规和认证机构宣布的证书使用相关规定，正确地使用证书，不得利用证书从事任何非法的行为。

(5) 在发生私钥泄露或其他有可能影响到电子签名的真实性的事件时，证书持有人应该及时通知认证机构，以便认证机构及时采取措施，减小损失。

(6) 对所享受的服务按照约定缴纳费用。

当然，证书持有人同时拥有的权利如下。



- (1) 获得电子证书的权利。
- (2) 中止证书的权利。
- (3) 变更证书的权利。
- (4) 撤销证书的权利。

3. 电子认证机构与电子签名依赖方之间的关系

《电子签名法》第二十二条规定：“电子认证服务提供者应当保证电子签名认证证书内容在有效期内完整、准确，并保证电子签名依赖方能够证实或者了解电子签名认证证书所载内容及其他有关事项。”

《电子签名法》第二十八条规定：“电子签名人或者电子签名依赖方因依据电子认证服务提供者提供的电子签名认证服务从事民事活动遭受损失，电子认证服务提供者不能证明自己无过错的，承担赔偿责任。”

(1) 电子认证机构对电子签名依赖方的权利与义务。一般说来，电子认证机构对电子签名的依赖方有如下义务：

① 电子认证机构有义务制定并公布符合国家有关规定的电子认证业务规则，并严格依据此规则行事。

② 在证书的整个有效期内，保证所有和证书有关的或者已包括在证书内的重要陈述具有准确性和完整性。

③ 提供合理的查证途径，使证书依赖方能够通过证书确认：证书服务者的身份；证书持有人在签名时对签名设施拥有控制权；签名设施在证书签发时运行正常。

④ 提供合理的查证途径，使证书依赖方能够通过证书及相关资料确认：用以识别证书持有者身份的方法；签名设施及所用证书的目的和意义；签名设施运行是否正常；认证机构约定的责任范围是什么；签名设施受损时是否能及时通知证书持有者；是否提供及时的证书撤销服务。

⑤ 在签名设施受损时，及时通知签名的各个依赖方，并保证及时中止或撤销认证服务。

⑥ 认证机构所使用的系统、程序和人员是绝对可靠的。

电子认证机构对电子签名的依赖方有如下权利。

① 要求电子签名的依赖方按照一定程序对电子签名进行确认。

② 向电子签名的依赖方明确以证书为基础的交易范围。

(2) 电子认证的依赖方对认证机构的权利与义务。一般来说，电子认证的依赖方对认证机构具有如下义务。

① 遵守认证机构的要求，采取合理的步骤确认签名的真实性。按照认证机构规定的程序获取证书的相关信息，确认证书的有效性，如没有被中止、撤销等。

② 遵守任何有关证书的限制，在证书所载的可信赖度以内从事交易，将证书用于规定的用途。如果证书依赖方超出了认证机构建议的范围来使用，那么认证机构不对其超出证书可靠性建议范围的交易负责。

同时，电子签名的依赖方对认证机构拥有如下权利。

① 要求认证机构谨慎地保证证书中内容的真实性，否则可以求得赔偿。

② 要求认证机构尽信息披露的义务，可以就不明事宜向认证机构询问。

3.2.3 电子认证机构的设立及管理

1. 电子认证机构的管理部门及其责任

《电子签名法》第二十五条规定：“国务院信息产业主管部门依照本法制定电子认证服务业的具体管理办法，对电子认证服务提供者依法实施监督管理。”

《电子签名法》明确了对电子认证服务业的主管部门是国务院信息产业主管部门。首先，从我国的实际情况看，对电子认证服务业主要靠市场引导和行业自律的条件尚不具备，由政府部门实施适度监管是必要的。其次，由于我国的电子认证业务还处于起步阶段，政府部门对电子认证机构如何实施有效的、适度的监管，还需要在实践中进一步总结经验。再次，在《电子签名法》出台之前，我国已存在着很多家不同性质、各种类型的认证机构在从事着不同程度的电子认证服务，这些机构普遍存在着无法律规定、无标准规范、无主管部门的“三无”问题，也亟待规范。为此，国务院信息产业主管部门本着立足依法行政、采取“技术中立”、考虑国际接轨、严格职权界限、限定管理范畴、统一规范用语、留有发展空间、实现平稳过渡八项原则制定了《电子认证服务管理办法》，与《电子签名法》相配套，同样于2005年4月1日实施。《电子认证服务管理办法》以电子认证服务机构为主线，围绕电子服务行为规范等方面的内容作出了明确规定。《电子认证服务管理办法》是国家法律特别授权制定的，与《电子签名法》配套同步实施，具有重要法律效力和作用。《电子认证服务管理办法》分八章共四十三条。

为了保证电子认证机构以公正的第三方的身份对电子签名提供真实可信的认证服务，应当加强政府部门对电子认证服务的监督管理。国务院信息产业主管部门是依照《电子签名法》负责电子认证服务业管理工作的部门，具体负责电子认证服务机构的从业许可。在电子认证服务机构拟暂停或者终止电子认证服务、未能就业务承接事项与其他电子认证服务提供者达成协议时，要安排其他电子认证服务提供者承接其业务，并负责对违反该法规定的行为行使行政处罚权。如果不能很好地履行该法赋予的这些职责，就要承担相应的法律责任。

《电子签名法》第三十三条规定：“依照本法负责电子认证服务业监督管理工作的部门的工作人员，不依法履行行政许可、监督管理职责的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

2. 电子认证机构的设立

(1) 电子认证服务提供者应当具备的条件。

《电子签名法》第十七条规定：“提供电子认证服务，应当具备下列条件：

- (一) 具有与提供电子认证服务相适应的专业技术人员和管理人员；
- (二) 具有与提供电子认证服务相适应的资金和经营场所；
- (三) 具有符合国家安全标准的技术和设备；



(四) 具有国家密码管理机构统一使用密码的证明文件;

(五) 法律、行政法规规定的其他条件。”

电子认证服务提供者应当具有与提供电子认证服务相适应的专业技术人员和管理人员。提供电子认证服务是一项复杂的技术工程。仅从数字签名技术的实现来看,它运用了一系列复杂的加密算法。电子认证服务提供者在提供电子认证服务的过程中涉及多级认证和交叉认证等多种技术手段。这就需要有一批懂技术的专门人才从事电子认证服务工作,才能保障电子认证活动的开展。同时,作为权威的第三方认证机构,不仅应当具备可靠的技术条件,更重要的是在策略、管理、运营等诸多方面具备良好的条件,配备合格的管理人员是电子认证服务提供者应当具备的一个重要条件。

电子认证服务提供者应当具有与提供电子认证服务相适应的资金和经营场所。具备必要的资金是电子认证服务提供者开展业务的前提条件,也是电子认证服务提供者承担法律责任的重要保证。同时,由于提供电子认证服务对于安全性、保密性的要求较高,电子认证服务提供者与一般企业相比,对经营场所的防火、防盗、防电磁辐射等方面的要求更高。电子认证机构对经营场所的安全条件一般都制定有严格的标准,以保障电子认证服务的顺利开展。

电子认证服务提供者应当具有符合国家安全标准的技术和设备。国家为了保障信息技术产品的安全性,先后制定了一系列的国家标准。电子认证服务提供者在提供电子认证服务过程中使用的技术和设备,应当符合国家已经制定的安全标准。

电子认证服务提供者提供电子认证服务应当具有国家密码管理机构同意使用密码的证明文件。

法律、行政法规可以对电子认证服务提供者应当具备的条件作出其他必要的规定。《电子签名法》第二十五条还规定,国务院信息产业主管部门可以依据本法制定电子认证服务业的具体管理办法。因此,国务院信息产业主管部门在制定具体管理办法时,可以就电子认证服务提供者应当具备的条件作出进一步具体和明确的规定。

(2) 从事电子认证服务活动的申请与受理。

《电子签名法》第十八条规定:“从事电子认证服务,应当向国务院信息产业主管部门提出申请,并提交符合本法第十七条规定条件的相关材料。国务院信息产业主管部门接到申请后经依法审查,征求国务院商务主管部门等有关部门的意见后,自接到申请之日起四十五日内作出许可或者不予许可的决定。予以许可的,颁发电子认证许可证书;不予许可的,应当书面通知申请人并告知理由。

申请人应当持电子认证许可证书依法向工商行政管理部门办理企业登记手续。

取得认证资格的电子认证服务提供者,应当按照国务院信息产业主管部门的规定在互联网上公布其名称、许可证号等信息。”

申请人申请从事电子认证服务是申请一项行政许可,适用行政许可法。申请人提出申请,是行政许可的前提条件,是申请人从事某种特定行为之前必须履行的法定义务。行政许可是依申请而进行的行政行为。申请权是一种程序上的权利,无论申请人是否符合获得许可的条件,申请人有权通过合法的申请,要求行政机关作出合法的应答。公民、法人或者其他组织从事特定活动,依法需要取得行政许可的,应当向行政机关提出申请。从事电

子认证服务，应当向国务院信息产业主管部门提出申请，并提交符合《电子签名法》第十七条规定的五项条件的相关材料，以证实其具有从事电子认证服务活动的能力。申请人应当如实向行政机关提交有关材料和反映真实情况，并对其申请材料实质内容的真实性负责。行政机关也不得要求申请人提交与其申请的行政许可事项无关的技术资料和其他资料。

国务院信息产业主管部门受理申请人从事电子认证服务活动的申请后，依法进行审查，即行政程序进入审查阶段，既要审查申请材料是否齐全，是否符合法定形式，还要审查申请材料的实质内容是否符合法定条件。在审查阶段，国务院信息产业主管部门还要征求国务院商务主管部门等有关部门的意见。国务院信息产业主管部门自接到申请之日起四十五日内作出许可或者不予许可的决定。予以许可的，颁发电子认证许可证书。不予许可的，应当书面通知申请人并告知理由。说明理由内容应当包括事实方面和法律方面以及自由裁量是否符合法定目的。说明理由应当以明文方式作出，叙述时应当简洁、清楚。

申请人应当持电子认证许可证书依法向工商行政管理部门办理企业登记手续。申请人取得电子认证许可证书后，还需要到工商行政管理部门进行企业登记，依法办理确定主体资格的事项，才可能开始电子认证服务活动。

取得认证资格的电子认证服务提供者，应当按照国务院信息产业主管部门的规定在互联网上公布其名称、许可证号等信息。电子认证服务提供者应当遵守这一规定，公布相关信息。

（3）未经许可提供电子认证服务应承担的法律责任。

《电子签名法》第二十九条规定：“未经许可提供电子认证服务的，由国务院信息产业主管部门责令停止违法行为；有违法所得的，没收违法所得；违法所得三十万元以上的，处违法所得一倍以上三倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足三十万元的，处十万元以上三十万元以下的罚款。”

对于未经许可提供电子认证服务的，应当承担以下行政责任：

① 责令停止违法行为。即由国务院信息产业主管部门责令违法行为人停止提供电子认证服务的行为。由于电子认证服务涉及民事合同有关各方的交易安全，为了使电子签名人以及电子签名依赖方免受损失，国务院信息产业主管部门一旦发现未经许可从事提供电子认证服务的行为，应当立即责令违法行为人停止违法行为。

② 对于有违法所得的，没收违法所得。这里讲的违法所得，是指由于非法提供电子认证服务行为而获得的全部经营收入。

③ 违法所得三十万元以上的，对其处以罚款。罚款是指有行政处罚权的行政机关强制行为人承担金钱给付义务，即在一定期限内交纳一定钱款的处罚形式。按照该条规定，行使行政处罚权的机关是国务院信息产业主管部门。即由国务院信息产业主管部门对违法行为人处以罚款。罚款的幅度为违法所得一倍以上三倍以下。

④ 没有违法所得或者违法所得不足三十万元的，处十万元以上三十万元以下的罚款。

3. 电子认证机构的暂停与终止

《电子签名法》第二十三条规定：“电子认证服务提供者拟暂停或者终止电子认证服



务的，应当在暂停或者终止服务九十日前，就业务承接及其他有关事项通知有关各方。

电子认证服务提供者拟暂停或者终止电子认证服务的，应当在暂停或者终止服务六十日前向国务院信息产业主管部门报告，并与其他电子认证服务提供者就业务承接进行协商，作出妥善安排。

电子认证服务提供者未能就业务承接事项与其他电子认证服务提供者达成协议的，应当申请国务院信息产业主管部门安排其他电子认证服务提供者承接其业务。

电子认证服务提供者被依法吊销电子认证许可证书的，其业务承接事项的处理按照国务院信息产业主管部门的规定执行。”

电子商务交易活动具有连续性的特点，法律必须对电子认证服务提供者的业务事项的维持予以特别规定，才能有效地保护电子签名人和电子签名依赖方的利益。

电子认证服务提供者拟暂停或者终止电子认证服务的，将会影响到相关方的利益，因此应当在暂停或者终止服务九十日前，就业务承接及其他有关事项通知有关各方。此外，电子认证服务提供者拟暂停或者终止电子认证服务的，还应当履行以下义务：

(1) 报告。电子认证服务提供者应当在暂停或者终止服务六十日前向国务院信息产业主管部门报告，使其了解情况。

(2) 协商承接。电子认证服务提供者除在法定期限内向国务院信息产业主管部门报告外，还要与其他电子认证服务提供者就业务承接进行协商，协商达成一致意见的，对业务承接事项作出妥善安排。

(3) 指定承接。电子认证服务提供者未能就业务承接事项与其他电子认证服务提供者达成协议的，应当申请国务院信息产业主管部门安排其他电子认证服务提供者承接其业务。对于电子认证服务提供者被依法吊销电子认证许可证书的，其业务承接事项的处理按照国务院信息产业主管部门的规定执行。

本章小结

《电子签名法》分为五章共三十六条，包括总则、数据电文、电子签名与认证、法律责任和附则。主要解决了以下几个问题：一是确立了电子签名的法律效力；二是规范了电子签名的行为；三是明确了认证机构的法律地位及认证程序，并给认证机构设置了市场准入条件和行政许可的程序；四是规定了电子签名的安全保障措施；五是明确了认证机构行政许可的实施主体是国务院信息产业主管部门。《电子签名法》中明确规定自 2005 年 4 月 1 日起施行，即自 2005 年 4 月 1 日起，有关数据电文、电子签名与认证以及违反本法规定应当承担的责任都应当执行本法的规定。

电子签名，是指数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的数据。电子签名与传统签名都能够实现识别身份、认可内容、承担责任的三个功能。可靠的电子签名与手写签名或者盖章具有同等的法律效力。本章特别介绍了依靠公钥加密的数字签名的技术基础。利用数字签名能够实现可靠的电子签名。当事人约定使用电子签名、数据电文的文书，不得仅因为其采用电子签名、数据电文的形式而否定其

法律效力。但是这项规定仍然不能适用于所有法律文书。

电子认证是以特定的机构对电子签名及其签字者的真实性进行验证的具有法律意义的服务。在电子认证过程中，有一个把电子签名和特定的人或者实体加以联系的专门管理机构，这个特定的机构就是“认证机构”。在电子认证中的法律关系主要包括电子认证机构对公众的责任、电子认证机构与签名人之间的权利和义务、电子认证机构与证书依赖方之间的权利和义务。最后还介绍了电子认证机构的设立和管理。

案例分析

电子签名法第一案

案情简介：

2004年1月，杨先生结识了女孩韩某。同年8月27日，韩某发短信给杨先生，向他借钱应急，短信中说：“我需要5000元钱，刚回北京做了眼睛手术，不能出门，你汇到我卡里”。杨先生随即将钱汇给了韩某。一个多星期后，杨先生再次收到韩某的短信，又借给韩某6000元钱。因都是短信来往，二次汇款杨先生都没有索要借据。此后，因韩某一直没提过借款的事，而且又再次向杨先生借款，杨先生产生了警惕，于是向韩某催要。但一直索要未果，于是起诉至海淀法院，要求韩某归还其11000元钱，并提交了银行汇款单存单两张。但韩某却称这是杨先生归还以前欠她的欠款。

为此，在庭审中，杨先生在向法院提交的证据中，除了提供银行汇款单存单两张外，还提交了自己使用的号码为“1391166××××”的飞利浦移动电话一部，其中记载了部分短信信息内容。如2004年8月27日15:05，那就借点资金援助吧。2004年8月27日15:13，你怎么这么实在！我需要五千，这个数不大也不小，另外我昨天刚回北京做了个眼睛手术，现在根本出不了门口，见人都没法见，你要是资助就得汇到我卡里！等韩某发来的18条短信内容。

后经法官核实，杨先生提供的发送短信的手机号码拨打后接听者是韩某本人。而韩某本人也承认，自己从去年七八月份开始使用这个手机号码。

法庭判决：

法院经审理认为，依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中的关于承认的相关规定，“1391173××××”的移动电话号码是否由韩女士使用，韩女士在第一次庭审中明确表示承认，在第二次法庭辩论终结前韩女士委托代理人撤回承认，但其变更意思表示未经杨先生同意，也未有充分证据证明其承认行为是在受胁迫或者重大误解情况下作出，原告杨先生对该手机号码是否为被告所使用不再承担举证责任，而应由被告对该手机其没有使用过承担举证责任，而被告未能提供相关证据，故法院确认该号码系韩女士使用。

依据2005年4月1日起施行的《中华人民共和国电子签名法》中的规定，电子签名是指数据电文中以电子形式所含、所附用于识别签名人身份并表明签名人认可其中内容的数据。数据电文是指以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的信息。移动电话短信息即符合电子签名、数据电文的形式。同时移动电话短信息能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用；能够识别数据电文的发件人、收件人以及发送、接收的时间。经本院对杨先生提供的移动电话短信息生成、储存、传递数据电文方法的可靠性；保



持内容完整性方法的可靠性;用以鉴别发件人方法的可靠性进行审查,可以认定该移动电话短信息内容作为证据的真实性。根据证据规则的相关规定,录音录像及数据电文可以作为证据使用,但数据电文可以直接作为认定事实的证据,还应有其他书面证据相佐证。

通过韩女士向杨先生发送的移动电话短信息内容中可以看出:2004年8月27日韩女士提出借款5 000元的请求并要求杨先生将款项汇入其卡中,2004年8月29日韩女士向杨先生询问款项是否存入,2004年8月29日中国工商银行个人业务凭证中显示杨先生给韩女士汇款5 000元;2004年9月7日韩女士提出借款6 000元的请求,2004年8月29日韩女士向杨先生询问款项是否汇入。2004年9月8日中国工商银行个人业务凭证中显示杨先生给韩女士汇款6 000元。2004年9月15日至2005年1月韩女士屡次向杨先生承诺还款。

杨先生提供的通过韩女士使用的号码发送的移动电话短信息内容中载明的款项往来金额、时间与中国工商银行个人业务凭证中体现的杨先生给韩女士汇款的金额、时间相符,且移动电话短信息内容中亦载明了韩女士偿还借款的意思表示,两份证据之间相互印证,可以认定韩女士向杨先生借款的事实。据此,杨先生所提供的手机短信息可以认定为真实有效的证据,证明事实真相,本院对此予以采纳,对杨先生要求韩女士偿还借款的诉讼请求予以支持。

问题:

1. 从此案法官判决中可以看出,法官引用了《电子签名法》中的规定,您认为在此案中,手机短信是否能作为证据?
2. 如何来确定短信的法律效力?
3. 在《电子签名法》颁布以前,据您所知有没有相关案例?
4. 这个案子的意义?

思 考 题

1. 简述《电子签名法》的立法背景和目的。
2. 解释电子签名的概念,简述电子签名的实现方法和功能。
3. 简述数字签名技术原理。数字签名是可靠的电子签名吗?为什么?
4. 电子签名和数据电文具有什么法律效力?
5. 简述电子认证和认证机构的概念。
6. 电子认证相关法律关系有几种?其中认证机构的义务和权利有哪些?要承担什么法律责任?
7. 电子认证机构的主管部门是谁?
8. 电子认证机构的设立必须符合什么条件?经过什么程序?
9. 电子认证机构暂停与终止前必须完成哪些工作?

第4章 电子支付法律问题

【学习目标】

- 掌握电子支付的概念与特征；
- 掌握电子支付法律关系和法律责任；
- 理解电子支付的法律关系；
- 了解电子支付的国内立法及其风险防范；
- 了解电子支付所涉及的政治与法律领域的问题。

4.1 电子支付概述

4.1.1 电子支付的概念与特征

1. 电子支付的概念

所谓电子支付是指从事电子商务交易的当事人，包括消费者、厂商和金融机构，使用安全电子支付手段通过网络进行的货币支付或资金流转。

电子支付行为是在商务活动中使用电子支付工具来进行资金给付的一种民事法律行为。当前，电子支付按其所涉及的内涵和外延不同，分为广义的电子支付和狭义的电子支付。狭义电子支付是指在互联网上的电子支付行为；广义的电子支付不仅涉及网上支付，还包括 ATM/POS、支付卡、互联网、手机、机顶盒等支付行为。

电子支付工具目前主要有卡基支付工具、网上支付工具和移动支付（手机支付）工具等。无论何种电子支付工具，从其基本形态上看，电子支付所交换的都是电子数据。电子支付以金融电子化网络为基础，通过计算机网络系统，以传输电子信息的方式，来实现支付功能。随着电子银行的兴起和微电子技术的发展，电子支付技术日趋成熟，电子支付工具品种不断丰富。利用电子支付工具不仅可以方便地实现现金存取、货币汇兑，而且还可以实现贷款、还款和直接消费等功能。

卡基支付是以各种金融卡为载体的支付工具。金融卡是由银行发行和管理的卡，持卡人在消费时将其作为现金的替代品。金融卡有信用卡（Creditcard）与现金卡（Debitcard）之分。金融信用卡是我国大力建设的金卡工程的主要媒体。由于卡上记录了持卡人的主要信息，故消费时具有极大的灵活性和可靠性。信用卡申领需要有担保人或保证金，可作为信用担保。信用卡使用可进行小额透支。金融现金卡是持卡人以现金购买的电子货币，自动计费，使用方便，可以多次使用，如超市购物卡，水电费的交费卡、煤气交费卡、就餐卡、医疗卡等；在卡上金额少于一定限额时，要重新交费才可继续使用。IC 卡在金融领



域也有应用,由于其优良的保密性,可以有效地防止伪造和窃用。银行信用卡是最常用的工具。国内四大国有独资或控股银行都有信用卡业务。牡丹卡、金穗卡、长城卡和龙卡以及在各银行都能通用的银联卡,目前在国内使用得比较广泛。目前我国国有银行的信用卡已被许多国外银行所承认,建立联行往来,实现支付的功能。

网上支付是指人们通过互联网完成支付的行为和过程,通常情况下仍然需要银行作为中介。在典型的网上支付模式中,银行建立支付网关和网上支付系统,为客户提供网上支付服务。网上支付以指令形式实行。网上支付指令在银行后台进行处理,并通过银行支付系统完成跨行交易的清算和结算。在传统的支付系统中,银行是系统的参与者,客户很少主动地参与到支付系统中;而对于网上支付系统来说,客户成为系统的主动参与者,这从根本上改变了支付系统的结构。常见的网上支付模式有网银模式、银行支付网关模式、共建支付网关模式和金融公司支付模式。

移动支付是指利用移动电话,采取编发短信息和拨打某个号码的方式实现支付。手机支付系统主要涉及三方:消费者、商家和无线运营商。所以手机支付系统大致可分三个部分,即消费者前端消费系统、商家管理系统和无线运营商综合管理系统。消费者前端消费系统:保证消费者顺利地购买到所需的产品和服务,并可随时观察消费明细账、余额等信息。商家管理系统:可以随时查看销售数据以及利润分成情况。无线运营商综合管理系统是手机支付系统中最复杂的部分,包括两个重要的子系统:鉴权系统和计费系统。它既要消费者对消费者的权限、账户进行审核,又要对商家提供的服务和产品进行监督,看是否符合所在国家的法律规定。此外最重要的是,它为利润分成的最终实现提供了技术保证。随着信息技术的飞速发展,电子支付工具具有广阔的发展前景。

2. 电子支付的特征

电子支付与传统的支付方式相比具有以下特征。

(1) 电子支付是采用先进的技术通过数字流转来完成信息传输的,其各种支付方式都是采用数字化的电子信息指令方式进行款项支付的;而传统的支付方式则是通过现金的流转、票据的转让以及银行的汇兑等物理实体的流转来完成款项支付的。

(2) 电子支付的工作环境是基于一个开放的系统平台(即互联网)之中;而传统支付则是在较为封闭的银行系统中进行运作。

(3) 电子支付使用的是最先进的通信手段,如互联网、企业外部网络等;而传统支付使用的则是传统的通信媒介。电子支付对于软、硬件设施的要求都很高,一般要求有联网的微机、相关的软件及其他一些配套设施;而传统支付则没有这么高的要求。

电子支付具有方便、快捷、高效、经济的优势。用户只要拥有一台能上网的个人计算机,便可足不出户,在很短的时间内完成整个支付过程,支付费用仅相当于传统支付的几十分之一,甚至几百分之一。

4.1.2 电子支付的主要形式

1. 电子支付的主要形式

在传统的商务活动中,支付主要采用两种方式:一是票据支付,如支票、汇票等,这

种方式多用于企业与企业间的交易活动；二是现金支付，常用于企业对个体消费者之间的商品零售过程。在电子商务环境下，传统的支付方式已不适应商务活动电子化的要求，而必须由全新的电子支付方式来代替。由于使用的传输网络、传输协议和支付程序的不同及相互组合，在实践中衍生出了各种各样的电子支付工具。如果将各种电子支付方式加以分类，可以分为互联网环境下的电子支付和非互联网环境下的电子支付。前者包括网上银行和电子货币，后者则是指自动柜员机、自动售货机，销售终端等。结合电子支付的表现形式和特点，将电子支付方式概括地分为以下三种形态。

（1）电子现金和电子钱包。电子现金是一种以数据形式流通的货币。它把现金数值转换成为一种加密的序列数据，通过这些序列数据来表示现实中各种现金的金额值。电子现金具有多用途、灵活使用、匿名性、快速简便的特点，无须直接与银行连接便可使用，适用于小额交易。其主要好处是可以提高效率，方便用户使用。从目前支持电子现金的要件不同来区分，电子现金可分为两类。

① 需要新硬件并以其为核心的电子现金支付系统。主要是智能卡形式的支付卡，其用途多，应用范围广，具有信息存储、安全密码锁等功能，安全可靠。最常见的是我们日常使用的 U 盾。从技术角度看，U 盾是用于网上银行电子签名和数字认证的工具，它内置微型智能卡处理器，采用 1024 位非对称密钥算法对网上数据进行加密、解密和数字签名，确保网上交易的保密性、真实性、完整性和不可否认性。

② 只需要软件支持的电子现金支付方式，如数字方式的现金文件。基于安全使用的考虑，消费者、销售商和发行者之间交换金融申请都有其自己的不同类型的协议。每个协议由后端服务器软件（电子现金支付系统）和客户端的“钱包”软件执行。所谓电子钱包，是一个可以由持卡人用来进行安全电子交易和储存交易记录的软件，就像生活中随身携带的钱包一样。持卡人可以直接使用与自己银行账号相连接的电子商务系统服务器上的电子钱包软件，也可以从互联网上调出来，采用各种保密方式利用互联网上的电子钱包软件。而这些软件通常都是免费提供的。目前较为流行的“支付宝”就是这种形式。

（2）电子支票。电子支票是一种借鉴纸张支票转移支付的优点，利用数字化网络传递将钱款从一个账户转移到另一个账户的电子付款形式。这种电子支票的支付是在与商户及银行相连的网络上以密码方式传递的，多数使用公用关键字加密签名或个人身份密码代替手写签名。用电子支票支付，事务处理费用较低，而且银行也能为参与电子商务的商户提供标准化的资金信息。1996 年，美国通过的《改进债务偿还方式法》成为推动电子支票在美国应用的一个重要因素。该法规定，自 1999 年 1 月起，政府部门的大部分债务将通过电子方式偿还。1998 年 1 月 1 日，美国国防部以及由银行和技术销售商组成的旨在促进电子支票技术发展的金融服务技术财团（FSTC）通过美国财政部的财政管理服务支付了一张电子支票，以显示系统的安全性。不过，对于在线支票的兑现，人们仍持谨慎的态度。电子支票的广泛普及还需要有一个过程。

电子支票支付现在发展的主要方向是今后将逐步过渡到国际互联网络上进行传输，即采用电子资金转账或网上银行服务（互联网存入银行）方式。电子资金转账直接支付的种类主要包括以下几点。

① 直接存款（存放），是指通过电子方式将资金，如工资、退休金、股息及养老金等，划归个人存款账户的支付方式。



② 直接支付（指示付款），是指被授权指定的公司在特定的日期从消费者的存款账户上划拨资金，如水电费、电话费、有线电视收视费的支付等。直接支付要求消费者对那些以电子支付方式划拨资金的公司进行签名授权。

③ 电话支付（打电话发出支付指令），是指消费者通过给按键电话输入关键信息而对银行发出支付指令，从其存款账户上向特定的公司进行支付。金融机构提供给消费者每月进行电子交易的银行清单。

④ 个人计算机银行（个人计算机银行业），是指个人通过他们的个人计算机及其连接的网路，发出资金划拨的指令。许多商业银行的电子支付程序允许消费者通过个人计算机查询账户信息，诸如个人账户余额，或在账户间进行转账。

（3）以信用卡系统为基础的支付。这种电子支付方式的基本做法是通过专用网络或国际互联网以信用卡号码传送做交易，持卡人（Cardholder）就其所传送的信息，先进行数字签章加密，数字签名经认证机构的认证后，将信息本身连同电子证书（电子的证书）等一并传送至商家。具体又分为以下几种形式。

① 账号直接传输方式。即客户在网上购物后把信用卡号码信息加密后直接传输给商家。这种方式存在两大不足：一是只适用于信用卡，不适用于借记卡；二是商家必须有良好的信誉，从而使得客户能够放心地把信用卡号码予以告知。账号直接传输方式在国际互联网站尤其是美国应用非常普遍。

② 专用账号方式。这种支付方式要求商家在银行的协助下核实每一个客户是否为银行卡的持有人，并且由商家为每一个客户建立一个与银行卡对应的虚拟账户，每个虚拟账户都有独立的账号和密码。当客户使用虚拟账户在互联网上付款时，账号和密码加密后传输到商家系统，避免在网上直接使用银行卡的卡号和密码，保证了银行卡账户的安全。这种方式提供了较高的安全性，但是由于虚拟账户须由商家建立，建立过程比较复杂，并且同一张银行卡在不同的商家有不同的账号和密码，使得客户使用起来很不方便。

③ 设定方式。设定方式是维萨、万事达两个信用卡组织联合微软、IBM、网景等著名的计算机公司在 1996 年共同推出的，为了在互联网上进行安全的信用卡支付而定义的电子支付协议。设定协议的技术标准非常复杂，对信用卡持卡人、商家和银行三方的要求都很高。由于设定提供商家和收单银行的认证，确保了交易数据的安全、完整可靠和交易的不可抵赖性，特别是具有保护消费者信用卡号不暴露给商家等优点，因此它成为目前公认的信用卡/借记卡的网上交易的国际标准。

④ 专用协议方式。这种方式的关键点是在客户、商家和电子支付服务供应商之间采用一种专用加密协议，把信用卡账号转化为密码。由电子支付服务供应商向其客户和商家免费提供客户端软件。这种软件自动地通知商家把电子订购表格发送给客户，让客户填写姓名和信用卡号码，再通过这种软件译成密码发送给商家。由于采用这种具有加密功能的软件及特殊的服务器，商家无法从客户的支付数据中得到信用卡账号的任何信息，保证了支付信息的安全性。

2. 电子支付系统流程

（1）银行卡非 SET 电子商务支付系统（SSL）。此类型银行卡是国内网上支付普遍采用的网上支付方法。该系统使用 SSL 协议，RSA 加密算法、数字签名和防火墙等保证交

易的安全，支付时使用的是银行发行的储值卡（借记卡）、信用卡。该方式风险较高，只要银行肯参与，该系统是可行的。该系统的主体有持卡人、商家、支付网关和发卡银行。流程如下。

- ① 持卡人登录商品发布站点，验证商家身份。
 - ② 持卡人决定购买，向商家发出购买请求。
 - ③ 商家返回同意支付等信息。
 - ④ 持卡人验证支付网关的身份，填写支付信息，将定购信息和支付信息通过 SSL 传给商家，但支付信息被支付网关的公开密钥加密过，对商家来说是不可读的。
 - ⑤ 商家用支付网关的公开密钥加密支付信息等，传给支付网关，要求支付。
 - ⑥ 支付网关解密商家传来的信息，通过传统的银行网络到发卡行验证持卡人的支付信息是否有效，并即时划账。
 - ⑦ 支付网关用它的私有密钥加密结果，并将结果返回商家。
 - ⑧ 商家用支付网关的公开密钥解密后返回信息给持卡人，支付结束。
- 该支付系统有如下特点。

- ① 有银行的参与，支付网关必须得到银行的授权。
- ② 商家及支付网关使用证书，由支付网关签名的 Root CA。
- ③ 持卡者支付时使用的微型电子钱包是一个 APPLET 应用程序，放在支付网关的服务器上，并经过支付网关的签名认证。
- ④ 商家与持卡者通信用 SSL 协议，商家与支付网关通信使用 RSA 加密。
- ⑤ 持卡者必须与支付网关签约，成为其会员。
- ⑥ 支付网关与发卡行的通信可通过 POS 机拨号上银行的前置机（业务量不大时用），或走专线，用 ISO 8583 等协议上银行的前置机。

（2）银行直接参与的非 SET 电子商务支付系统（类 SSL）。该系统支付信息不经商家，直接到银行站点支付，即银行直接接收、处理用户的支付信息。该系统风险较小。该系统的主体有持卡者、商家和发卡银行。支付流程如下。

- ① 持卡者登录商品发布站点。
- ② 持卡者决定购买，向商家发出购买请求，并跳转到发卡行支付站点。
- ③ 持卡者验证发卡行支付站点身份，通过 SSL 向发卡行传送支付信息。
- ④ 银行处理用户的支付信息，划账。
- ⑤ 商家定期到发卡行站点查询成交商品，送货，交易完成。

该支付系统有如下特点。

- ① 银行亲自建立支付站点，成为支付系统的主体。
- ② 支付信息不经商家。
- ③ 使用 SSL 协议，保证交易的安全。

（3）SET 电子商务支付系统。安全电子交易协议 SET 是实现在开放的网络（互联网或公众多媒体网）上使用付款卡（信用卡、借记卡和取款卡等）支付的安全事务处理协议。它的实现不需要对现有的银行支付网络进行大改造。该协议的 1.0 版本于 1997 年 5 月 31 日发布。

SET 规定了电子商务支付系统各方购买和支付消息传送的流程。电子商务支付系统的



交易三方为持卡人、商家和支付网关。交易流程如下。

- ① 持卡人决定购买，向商家发出购买请求。
- ② 商家返回同意支付等信息。
- ③ 持卡人验证商家身份，将定购信息和支付信息安全传送给商家，但支付信息对商家来说是不可见的（用银行公钥加密）。
- ④ 商家验证支付网关身份，将支付信息传给支付网关，要求验证持卡人的支付信息是否有效。
- ⑤ 支付网关验证商家身份，通过传统的银行网络到发卡行验证持卡人的支付信息是否有效，并将结果返回给商家。
- ⑥ 商家返回信息给持卡人，送货。
- ⑦ 商家定期向支付网关发送要求支付信息，支付网关通知卡行划账，并将结果返回给商家，交易结束。

安全电子交易使用的安全技术包括加密（公开密钥加密、私人密钥加密）、数字信封、数字签名、双重数字签名、认证等。它通过加密保证了数据的安全性；通过数字签名保证交易各方的身份认证和数据的完整性；通过使用明确的交互协议和消息格式保证了互操作性。

由于它实现起来比较复杂，每次交易都需要经过多次加密、Hash 运算及数字签名，并且须在客户端安装专门的交易软件，因此现在使用该协议的电子支付系统并不多。目前中国银行的网上银行中的支付方式是基于 SET 的安全电子交易。

4.1.3 电子支付引起的法律问题

1. 电子支付的法律关系

在电子商务中，电子支付是整个交易过程中的重要环节。在电子支付过程中要涉及参与支付的各个主体——当事人；参与支付的客体——电子货币；提供中介服务的系统等。电子支付当事人一定要取得相应的资格，电子货币也要具备一定的法律效力，由此产生较多的法律问题。这些法律问题主要有：在电子支付中当事人需要共同遵守的规则；为了保证电子支付的顺利进行所制定的相应的法律和法规；电子支付当事人的权利、义务和责任；电子货币的法律地位；支付中的争议解决办法；支付的风险和责任划分；分担制度的规定等。

在电子支付中需要有关的办法、协议、规则、合同来约束。这些都是在实际交易中，保证电子支付的顺利进行所制定和必须遵守的行为规范。这些行为规范引出了一些新的不同于传统支付的法律关系。在电子支付活动中，当事人之间是电子支付方式下法律上的债权债务关系；而电子支付当事人与提供中介服务的银行或其他金融机构之间是电子支付方式下法律上的合同关系；电子支付中当事人、提供中介服务的银行或其他金融机构与提供信息服务的中介机构也是一种新型的合同关系，这种合同关系是在传统支付活动中所没有的。由此可见，电子支付所引起的法律关系，要比传统的支付活动复杂，不仅要涉及电子支付的当事人、金融机构，还要涉及提供信息服务的中介机构，所以必须有新的法律法规来调整。

2. 电子货币的法律地位

电子支付的法律关系是由电子货币为载体,电子货币的法律问题成为电子支付的法律的关节点。电子货币的产生与发展,给各个国家的金融机构、法律执行机构等提出了一系列问题与挑战。诸如如何认定电子货币的法律性质、电子货币发行问题、如何对电子货币进行监管等,都是各国面临的不可避免的问题。而对此类问题的研究及讨论,目的在于为电子货币的流通创造一个清晰、安全和可靠的法律环境,以此来保障消费者和企业的利益,增强人们使用电子货币的信心。

电子货币具有以下特点。

(1) 无形性。电子货币以电子数据形式来表现,通过计算机网络传递使用。从货币的发展历史来看,电子货币是一种从有形货币到无形货币的飞跃。

(2) 广泛性。电子货币不受金额、对象和区域等限制,且使用极为简便,可以广泛地使用在生产、交换、分配和消费等领域,并将储蓄、信贷和非现金结算等多种功能合为一体。

(3) 储值性。电子货币的使用仍然以传统货币为基础,只不过它的表现形态和支付手段发生了变化,因此电子货币需要先储值、后使用。

(4) 隐秘性。电子货币依托于现代高新科学技术,资金的支付可以不留痕迹、不易察觉和秘密进行,因而具有隐秘性。

对电子货币的法律定性要根据电子货币在货币理论和结算理论上的定位来进行。在货币理论上,要判定电子货币能否执行货币的三个基本职能,即支付手段、价值尺度、价值保存手段,以满足作为通货的基本条件。从电子货币目前在全球的使用情况看,电子货币本身只能作为交换媒介,不能执行支付手段的全部职能。它也不能执行价值尺度和价值保存的职能。由此可知,电子货币与通普货币还有一定的距离。在结算理论上,目前的电子货币只是将现金或者存款用电子化的方法转移、传递,以实现结算,而不是完全替代现金或者存款成为一种独立的支付手段。电子货币的法律性质,要根据传统货币的定义进行定性。传统货币一般是指具有法定清偿力的纸质银行券或者硬币,是国家以法律保障的银行信用。电子货币要成为真正的货币需要满足以下三点。

(1) 电子货币本身必须具备通普货币的五种品质,即价值稳定、普遍接受、易于分割、易于辨认和携带及弹性供应,使货币的职能得以实现。

(2) 电子货币还应具备六种特性,即安全性、可转移性、双向性、无期限性、普遍接受性和简易性,使电子货币能够成为一种新的通货方式。

(3) 按照货币的法定原则,电子货币的流通还需经国家立法的明示认可才行。

3. 电子支付中争议的解决办法

在电子支付过程中,因为当事人的角色不同,所处的地位不同,对于电子交易和支付的意思表达上的理解不同,争议是难免的。引起争议的情况和种类大体有以下几种:一是发出的指令或信息在传递过程中发生失真;二是指令或信息被篡改;三是当事人对于电子支付行为的否认。

对于一般民事法律行为或经济合同中的纠纷和争议,依照法律规定可以通过协商、仲



裁或诉讼的方法解决。对电子支付中的争议,目前尚无专门法律调整。但电子支付中的争议性质、基本要素仍是民事法律或经济法律调整的范畴。除恶意地篡改电子支付指令或信息构成刑事犯罪,应当由公安机关或检察机关依法处理外,其余应参照民事法律行为或经济合同中的纠纷争议解决办法,仍可通过协商、仲裁或诉讼的方法解决。即一是由当事人双方或多方进行调解协商解决;二是通过工商行政管理部门的仲裁委员会进行仲裁;三是通过人民法院以诉讼的方式解决。无论通过哪种方式都要求做到合理、合法,当事人能够接受,解决的办法能够执行,不开法律上的空头支票,不留执行上的后遗症。

4. 电子支付的安全保障问题

电子支付安全是指在电子支付过程中,构成电子支付的计算机设备、网络的安全和支付管理制度的安全的总和。电子支付安全保障从整体上可分为两个部分:计算机网络安全和商务交易安全。计算机网络安全的内容包括计算机网络安全、计算机网络系统安全、数据库安全等。其特征是针对计算机网络本身可能存在的安全问题,实施网络安全增强方案,以保证计算机网络自身的安全性为目标。支付管理制度安全则紧紧围绕传统支付在互联网上应用时产生的各种安全问题,在计算机网络安全的基础上,保障电子支付过程的顺利进行。即实现电子支付的快捷、方便、准确、保密、不受时空限制以及可鉴别性、不可伪造性等。

4.2 电子支付法律关系和法律责任

4.2.1 电子支付法律关系的当事人

1. 电子支付法律关系的当事人

电子支付法律关系的当事人即为电子支付法律关系的主体。电子支付法律关系的主体是在电子商务法律关系中,依法享有商务交易结果的权利和承担电子支付义务的法人或自然人。

电子支付的法人是指依法能够以自己的名义进行电子支付活动,享有电子支付当事人的权利,承担电子支付当事人义务,能够发出电子资金或接收电子资金的企事业单位、国家机关、社会团体组织和其他组织。电子支付的法人主要包括两大类:电子支付的企业法人和电子支付的社会团体法人。

电子支付的自然人是指符合电子商务的法律规定,达到民事法律年龄,依法享有民事法律权利,能够承担民事法律义务,能够以自己的名义进行电子支付活动,享有电子支付当事人的权利,承担电子支付当事人义务,能够发出电子资金或接收电子资金的公民。

电子支付的有关当事人从实际参加支付活动的角色的不同,也可以划分为四种人。

(1) 付款人。在电子支付过程中通常是消费者或买方。

(2) 收款人。在电子支付过程中通常是商家或卖方。

(3) 参与电子支付活动的银行。即在电子支付过程中处于付款人、收款人之间的中

介入，通常为网上银行或金融机构。在电子支付系统中，参与电子支付活动的银行可同时扮演发送银行和接收银行的角色，完成信用中介、支付中介和结算中介等方面的金融服务，电子支付活动也可以是由两个或两个以上的金融机构来承担。发出电子支付指令的付款方客户的开户银行称为“发起行”；收款人开户银行称为“接收行”，它是电子支付指令接收人的开户银行。接收人未在银行开立账户的，“接收行”则是指电子支付指令确定的资金汇入银行。“转发人”是指在发起行和接收行以外，有资格从事接收、传送电子支付指令或有关电子支付数据交换的机构。以上三种机构均可视为参与电子支付活动的银行。

（4）电子认证服务机构（CA）。电子认证服务机构是电子认证服务提供者，是指为电子签名人和电子签名依赖方提供电子认证服务的第三方机构。电子认证服务机构为参与电子商务各方的各种认证要求提供证书服务，以确认支付各方的真实身份。

2. 电子支付的当事人的权利

电子支付当事人的权利是参与电子支付不同资格的主体为应获利益所行使的合法主张。各种当事人在电子支付过程中所发挥的作用不同，他们各自的权利也不相同。

1) 付款人的权利

（1）开户权。资金支付人有在网络银行开户的权利，这是电子支付的必要条件。电子支付中付款一方必须在网络银行中开户，并在账户中存有一定数量的资金，这样才能保证电子支付活动的顺利进行。开户权是电子支付中付款人一方对网络银行的主张。

（2）指令权。付款人有权要求接受银行按照其指令的时间及账户，及时准确地将指定的货币金额（包括币种及数额）支付给指定的收款人。这是电子支付的核心工作。没有指令权，电子支付就不存在了。

（3）获得电子支付信息反馈权。电子支付活动发生后，作为电子支付活动支付一方，有权获得电子支付活动是否成功的反馈信息。这是电子支付中付款一方的一个基本主张。

（4）个人信息保护权。在电子支付活动中，支付款项的一方将其各种信息上传到网络银行，其中涉及许多个人信息，如个人自然信息、账号、资金数量等，对于本人不愿公开的信息有权获得保护。

（5）指令错误纠正权。虽然电子支付活动高速快捷，但是也有出现由于某种原因而发出错误指令的可能，在这种情况下，发出指令一方应当有纠正其错误的权利。指令错误纠正权是保证电子支付活动推广普及的重要条件，特别是目前电子支付活动正处于观念和技术都不十分成熟的阶段，指令错误纠正权显得尤为重要。

（6）投诉权。当电子支付活动中付款一方的权利或利益受到损害时，应当有投诉的权利。投诉权是对电子支付活动中当事人的一种监督和约束。

2) 电子支付银行的权利

（1）开户者信息审查权。电子支付活动必须依靠付款方和收款方在网络银行开设账户。接受指令的银行在执行指令前，有权对开户者的信息进行审查。这种审查是为了保证电子支付活动的主要当事人的利益不受虚假用户的欺骗或错误信息的损害。

（2）资金划拨权。当接收银行接到付款人的付款指令后，有权将指定资金从付款人



账户转到指定账户。资金划拨权中规定了接受指令银行的基本工作权利。

(3) 收取电子支付服务费用权。电子支付是一种由网络银行提供的资金结算服务,在这项服务中,接受指令的银行就是提供服务的一方,当接受指令的银行提供服务后,有要求指令人支付所指令资金并承担支付费用的权利。费用收取权是接受指令的银行生存和发展的基础和条件。

(4) 拒绝接受错误指令权。接受电子支付指令的银行,对于付款人发出的错误指令,有权要求指令人修正其发出的无法执行的、不符合规定程序 and 要求的指令。

3) 收款人的权利

电子支付活动中的收款人具有特殊的法律地位。电子支付收款人与指令人和接受指令的银行之间所体现的法律关系并不相同。电子支付收款人与接受指令的银行之间并不直接存在支付合同上的权利义务关系,电子支付收款人仅仅是接受指令银行的工作对象。因此,电子支付收款人不能基于电子支付行为,向接受指令银行主张权利。电子支付收款人与电子支付付款人之间,也不存在支付合同中的权利义务关系。电子支付收款人与付款人之间的经济法律关系,只能是基于电子商务活动中的行为所形成的债权债务关系。收款人作为债权人,有向债务人也就是付款人要求支付相应款项的权利,但是没有电子支付合同中的权利主张。在电子支付活动中,电子支付收款人的权利义务关系大多表现为接收款项后的义务方面。

4) 电子认证机构的权利

电子认证服务是指为电子签名相关各方提供真实性、可靠性验证的公众服务活动。电子认证机构在电子商务活动中充当裁判的角色,是将电子计算机网络这一虚拟世界同商务交易这一现实世界结合的桥梁和中介。电子认证机构的主要权利如下。

(1) 申请者资料审查权。对个人申请人,包括审查个人的姓名、身份证号、联系电话、寻呼、通信地址、邮政编码、电子邮箱等资料;对单位申请人,除对具体的申请人审查上述个人资料外,还要审查单位名称、单位主页地址、单位营业执照号、工商税号、单位地址、单位电子邮箱、单位所属行业类别、机构代码、电话、传真等。

(2) 电子证书发放权。电子认证服务机构对证书申请人经过资格审查后,有权发放电子证书。根据《电子认证服务管理办法》的规定,电子证书应当准确载明下列内容:签发机构的名称;证书持有人名称;证书序列号;证书有效期;证书持有人的电子签名验证数据;电子认证服务机构的电子签名;信息产业部规定的其他内容。

(3) 电子证书撤销权。若发生下列情况,电子认证机构可以撤销其已签发的电子证书:证书持有人申请撤销证书;证书持有人提供的信息不真实;证书持有人没有履行双方合同规定的义务;证书的安全性不能得到保证;法律、行政法规规定的其他情况。电子认证机构对所撤销的电子证书,应当及时予以公告。

(4) 收取费用权。根据 2005 年 1 月 28 日中华人民共和国信息产业部第十二次部务会议审议通过,自 2005 年 4 月 1 日起施行的《电子认证服务管理办法》规定,电子认证服务机构是企业性质的法人,所以当电子认证服务机构向申请人提供电子认证服务后,有权向申请人收取相关的费用。

3. 电子支付当事人义务

电子支付当事人的义务是指参与电子支付活动的各方主体，在从事电子支付活动中应当履行的作为与不作为行为。不同的电子支付当事人应当从不同侧面履行自己的义务。

1) 付款人的义务

(1) 开设电子账户的义务。电子账户是电子支付的必要工具，没有电子账户，网上银行不可能在接受付款人指令后，完成资金划转工作。所以，付款人必须履行开设电子账户的义务，以保证电子支付活动的顺利进行。

(2) 提供真实可靠的个人信息、接受审查的义务。付款人在开设电子账户和申请电子证书时，应当提供真实可靠的信息，并接受相关部门的审查。对于提供虚假的、不可靠信息者，应当视为网络诈骗行为，承担相应的法律责任。

(3) 受自身指令约束的义务。付款人一经发出付款指令，应当受到自身指令的约束，不得随意变更或不执行指令。这一义务是对电子支付活动其他主体的保护和保证。

(4) 修改错误指令义务。付款人，有按照接受银行的程序，检查指令有无错误或歧义的义务，并对发出的错误指令有发出修正指令的义务。

(5) 缴纳费用的义务。付款人应向电子认证服务机构缴纳服务费用，向电子支付银行缴纳电子支付手续费。电子认证服务机构服务费用主要在接受证书时缴纳，电子支付银行支付手续费在支付活动指令发出时缴纳。

2) 电子支付银行的义务

(1) 按照指令人的指令完成资金支付的义务。转发人、发起行、接收行之间应按照协议规定及时发送、转发、接收和执行电子支付指令，并回复确认。发起行或转发人应采取有效措施，保证客户发出电子支付指令前能够对指令的准确性和完整性进行充分确认。发起行或转发人应确保正确执行客户的电子支付指令，对电子支付指令进行确认后，应能够向客户提供纸质或电子交易的回单供客户索取。转发人、发起行、接收行还应确保电子支付指令传递的可跟踪稽核和不可篡改。

(2) 对客户资料保密义务。电子支付银行使用客户资料、交易记录等，不得超出法律许可和客户授权的范围并对客户的资料信息、交易记录等保密。除国家法律、行政法规另有规定外，银行、转发人有权拒绝除客户本人以外的任何单位或个人的查询。

3) 电子支付收款人的义务

电子支付收款人是电子支付活动中的受益者，所以，在电子支付活动中必须履行相应的义务。

(1) 遵守电子商务法律规范的义务。电子支付收款人必须遵守银行出台的有关电子货币、电子支付和电子结算业务的管理办法。

(2) 接受电子认证服务机构审查的义务。电子支付收款人应当向电子认证机构提供真实性、可靠性信息，确保电子签名依赖方能够证实或者了解电子签名认证证书所载内容及其他有关事项。



(3) 提供相关回执的义务。电子支付收款人在收到款项后,有及时提供相关收款回执的义务,保证电子支付活动其他主体及时完成终了电子支付业务活动。

(4) 支付相应款项的义务。尽管收款人不能依据电子支付合同对电子支付银行提出权利主张,但是,收款人在电子支付活动中是在接受电子支付银行的服务,所以有支付服务费用的义务。

(5) 严格遵守保密规定的义务。电子支付收款方对于电子支付本人和电子支付对方的各种信息资料,负有保密的义务。

4) 电子认证服务机构的义务

(1) 颁发证书的义务。认证机构应向符合条件的申请者颁发证书,并将证书内容公布于认证机构的存储器内。认证机构在向申请人颁发证书前应确认下列情况:列于即将颁发的证书中的人就是未来的签署者;将颁发的证书中的信息是正确的;未来的签署者合法拥有私人密钥,此私人密钥与证书中列的公开密钥构成功能性密钥对,并且可以用来生成数字签名;证书中所列的公开密钥可以用来验证由签署者拥有的私人密钥生成的数字签名;数字证书中所使用的公钥算法在现有技术条件下不会被攻破。

需要指出的是,电子认证合同的内容不仅包括发放证书,还包括管理证书,如中止证书和撤销证书。可以说,中止证书和撤销证书的义务是基于确保证书内容真实、准确性的义务而派生出来的。

(2) 使用可信赖系统的义务。认证机构应该使用可信赖系统来完成上述证书的颁发、中止和撤销等操作。所谓可信赖系统是指计算机的硬件、软件和程序,它们满足以下要求:是相当安全的,可防止侵扰和滥用;具有较高的可用性和可靠性,并提供了正确的操作;非常适合执行它们的固有功能;符合通常公认的安全程序。

(3) 妥善保管自身私钥的义务。认证机构自身的私钥对于验证该认证机构作为颁发数字证书机构的身份具有不可或缺的作用,一旦丢失,该认证机构所发出的所有数字证书都将作废,因此应妥善保管。

(4) 信息发布的义务。认证机构应及时公布有关的信息,如自身的政策或认证业务声明,证书的发布、中止及撤销信息等,发布的方式应是醒目的、易发现的。

4.2.2 电子支付法律关系的内容

1. 电子支付法律关系的特征

一般意义上的法律关系是指由于法律事实引起在当事人之间形成的权利、义务关系。电子支付法律关系则是在电子商务活动中,由电子商务交易活动事实引起的,当事人双方在电子支付方面的权利义务关系。电子支付法律关系是由电子商务法及相关法律规范所调整的行为规范。所以,电子支付法律关系是在电子交易过程中形成的,具有一定民事权利义务内容的法律关系。电子支付法律关系不同于一般意义上的民事法律关系,它具有以下特点。

(1) 电子支付法律关系必须有相应的电子商务法律规范为前提。电子商务法律规范是调整一切电子商务活动的行为准则。电子支付活动是电子商务活动的一个组成部

分，离开了电子商务法律规范，调整电子支付活动是不可能的，也是不现实、不可操作的。

（2）电子支付法律关系是基于电子商务交易法律事实而形成的平等主体之间的商务关系。在电子支付活动中，涉及的主体虽然有多个，但是各个主体之间的地位是平等的，各自有自己的权利主张，不存在强势主体与弱势主体之分。电子支付活动中各个主体之间法律关系的调整，正是建立在这种平等关系的基础之上。

（3）电子支付法律关系具有主体本身真实直接的意思表示和委托授权的法律行为。电子支付当事人主体本身的意思表示和委托授权的法律行为，是电子支付法律关系成立的要件。任何背离了电子支付当事人主体意思表示真实的行为和超越委托授权范围的行为，都不能形成电子支付法律关系。

（4）电子支付法律关系是由国家强制力社会保障措施来实现的，以保障电子支付当事人权利义务为内容的社会关系。从表面上看，电子支付活动大多数是由电子计算机自动完成的，但是计算机执行的是计算机的拥有者或控制者的指令。所以，计算机的自动执行过程，体现了计算机背后操纵者之间的关系。这种关系本质上是一种社会关系，须要由国家强制力社会保障措施来实现，以保障电子支付当事人权利义务的实现。

（5）电子支付法律关系是一种由参与电子支付活动的不同当事人之间所体现出的不同具体关系的组合关系。一个完整的电子支付活动，至少需要有四种当事人参加，即付款人（指令人）、收款人、网络金融机构和电子认证服务机构。在这些当事人之间所体现的法律关系各有不同，它们共同构成了电子支付法律关系的整体。

2. 电子支付当事人之间的法律关系

前面提到，电子支付法律关系是一种由多种关系组成的组合关系。在电子支付的实施过程中，虽然仅有四种当事人参与支付活动，但它们之间却有许多种的法律关系，如交易关系、合同关系、债权债务关系、借贷关系、委托代理关系、认证关系等。这就意味着在各个当事人之间所体现的关系不同，当然他们各自的权利和义务也不相同。同时，电子支付法律中的这些具体法律关系，均是建立在合同关系的基础上，这就要求当事人之间的关系是平等的，必须在平等的基础上调整这些关系。电子支付当事人之间的法律关系具体说有以下几个方面。

（1）付款人与收款人之间是由商品买卖合同所规定的债权、债务关系。这种关系的形成，最普遍的就是货物买卖合同所引起的，在货物买卖合同履行中，买方指示其开户银行将合同中规定的货款发送到指定的收款人账户，以履行其货物买卖合同中的付款义务；合同中的卖方在电子支付过程中，以同意买方采用电子支付方式支付货款并收取相应货款，配合付款人完成电子支付活动。

（2）付款人与电子支付指令银行之间是电子支付服务合同关系。电子支付银行之所以接受付款人的指令实施电子货币款项的划拨，是因为付款人与电子支付银行间存在有关电子支付服务的合同。付款人向电子支付银行发出支付指令，是行使合同中规定的权利；电子支付银行按照付款人指令实施电子货币款项的划拨是在履行合同。同时，电子支付银行收取相应费用，也是行使合同权利；付款人向电子支付银行交纳费用是尽合同义务。



(3) 收款人与电子支付收款银行之间是一般金融服务合同关系。为了保证电子支付活动发挥方便、高效、快捷的作用,客观上要求收款人在电子支付收款银行开设账户。开设账户就意味着电子支付收款行向收款人提供服务。这种服务的依据与一般金融服务相同,所以收款人应与电子支付收款银行订立一般金融服务合同。

(4) 付款人、收款人和电子支付银行与电子认证服务机构之间均是电子证书服务合同关系。付款人、收款人和电子支付银行向电子认证服务机构提出证书申请都是发出要约,而电子认证服务机构采用电子证书的发放这一行为是对要约进行承诺和对这种合同关系的履行。

4.2.3 电子支付法律责任的承担

电子支付法律责任是在电子商务活动中产生的,由电子商务及相关法律法规所规定和调整的,在电子交易过程中当付款人、收款人、电子支付银行和电子认证服务机构等电子支付当事人的行为对其他当事人带来损害时所应承担的不利后果。

2006年5月4日下午,家住浙江省嘉善县魏塘镇的许女士(化名)发现自己银行卡上的4000多元存款被取走了3000元。这究竟是怎么一回事呢?虽然自己两天前取款时银行卡一度遗忘在柜员机内,但仅仅几分钟时间,哪能这么巧就被冒领呢?无奈之下,她向警方报了案。

嘉善县公安局魏塘警察署刑侦队民警接到报案后,通过对许女士当时取款前后时段银行取款情况的调查和查看银行的相关录像资料,最终发现恰恰就在许女士取款后的这几分钟时间里,有一名男子分两次共取走了她存卡上的3000元。随后,这名男子李某(化名)便被请进了警署。

据查,李某现年31岁,安徽省含山县人,1994年下半年起暂住在魏塘镇虹桥村。5月2日下午4时许,李某来到位于嘉善商城的某银行分理处的柜员机取款,发现自己的银行卡插不进去,原来里面有一张银行卡,而且账面显示余额为4000多元,他估计是前面一名带着男孩的中年女子取款后忘记取走的。此时,李某不但没有叫住离开不久的中年女子,反而分两次从这张银行卡上取走了3000元。

最终,被李某冒领的3000元现金已通过警方物归原主。

(案例来源:南湖晚报 作者:蔡嗣方 编辑:陈标)

电子支付中的法律责任有三种:一是电子支付中的刑事法律责任,即电子支付当事人在电子支付过程中因违法行为构成犯罪应当承担的法律责任;二是电子支付中的行政法律责任,即在电子支付过程中具有行政职能的主体因违反《行政许可法》没有履行其职能而应承担的法律责任;三是电子支付的民事法律责任,即在电子支付中的民事主体违反民事义务所应承担的法律后果。电子支付的民事责任主要有违约责任和侵权责任两种类型。在电子支付过程中因违反《合同法》而形成的民事责任属于违约责任。违约责任是指在当事人不履行合同债务时,所应承担的赔偿损害、支付违约金等责任,是保障债权的实现和债务的履行的重要措施。在电子支付活动中加害人因侵权行为造成他人财产或人身损害依法承担的民事责任为侵权责任,其形式有赔偿损失、停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还

原物、恢复原状、消除影响、恢复名誉及赔礼道歉等。

上述案例分析一：在上述案例中当事人有三方，持卡人许女士，服务方银行，冒领者李某。在本案中许女士与银行是在电子支付中的民事主体，虽有过错但是没有构成犯罪，不应承担刑事法律责任，而应承担民事法律责任。冒领者李某，因其在电子支付过程中有违法行为，构成犯罪，应当承担刑事法律责任。

1. 付款人的法律责任

付款人在电子支付过程中是一般民事活动主体，而电子支付活动是对电子交易合同的履行。所以，在电子支付活动中所能够引起的法律责任主要有违约责任、侵权责任和刑事责任。目前，我国尚无专门的电子商务法来调整这一类法律责任。因此，对于付款人的法律责任承担主要适用于其他相关法律和法规。

（1）付款人在电子支付过程中是支付指令的发出人，是电子支付活动的起点。在电子支付过程中如支付人一方未按合同规定发出指令，违反《合同法》的规定，应当按照《合同法》的规定承担违约责任。

（2）付款人在电子支付过程中发出支付指令，是对接受电子支付指令银行要求提供电子支付服务的一种权利主张。如果付款人发出错误指令，造成对其他相关人侵权，给其他相关当事人带来损失的，付款人应当承担相应的民事责任。

（3）如果付款人故意发出错误指令，给其他相关当事人带来损失，就超出了一般民事活动范围，形成了网络盗窃或网络诈骗行为，应当视情节轻重，承担相应的刑事责任。

上述案例分析二：本案涉及电子支付技术的证明力问题。电子支付是一种客户向银行提供的计算机网络系统发出命令，银行通过计算机对支付命令的正确性进行核查以后，决定是否实施支付行为的支付方式。客户与银行之间最安全的核查工具是计算机安全程序，这一程序是客户与银行间约定的私人密码或者其他的身份确认手段。在正确情况下，如果客户使用了与银行约定的私人密码通过了安全程序，银行则会严格地执行客户的指令，以期完成交易。

2. 收款人的法律责任

收款人在电子支付过程中主要是承担义务。如果收款人在电子支付过程中没有履行自己应尽的义务，给电子支付活动其他当事人造成损害，也应承担必要的法律责任。

（1）电子支付收款方应当向电子支付银行申请开设电子银行账户，或指定收款账户，对于拒不申请电子银行账户或不能指定收款账户者，银行可拒绝为其提供电子支付收款服务。

（2）电子支付收款方在申请电子银行账户或电子证书时，应当向电子银行或电子证书服务机构提供真实性、可靠性信息，确保电子签名依赖方能够证实或者了解电子签名认证证书所载内容及其他有关事项信息，接受电子认证服务机构的审查。对于提供虚假信息，骗取电子银行账户或电子证书的，其电子银行账户或电子证书应当予以撤销；利用骗取的电子证书和电子银行账户收取的款项，一经查出应当予以收回；涉及网上诈骗的，还应当依法追究其刑事责任。



(3) 电子支付收款方。在收到款项后,应当及时提供相关回执。对于未能及时提供相关回执的,银行可按向收款方发放贷款处理。

3. 电子支付银行的法律責任

电子支付银行是在电子支付活动中负责执行电子支付收款方与电子支付付款方支付清算指令的组织。根据中国人民银行会同中国银行业监督管理委员会发布的《电子支付指引》,电子支付银行在电子支付过程中产生的差错和应当承担的法律責任如下。

(1) 由于银行和转发人保管使用不当,造成客户资料信息泄露、破坏,导致客户资金受到损害,银行和转发人应负相应責任。

(2) 转发人或银行因自身系统、内控制度或按协议为其提供服务的第三方服务机构的原因造成电子支付指令无法按约定时间传递、传递不完整或被篡改的,应承担相应責任。因第三方服务机构造成损失的,转发人或银行可根据与第三方服务机构的协议进行追偿。

(3) 接收行由于自身系统或内控制度等原因对电子支付指令未执行、未适当执行或迟延履行,致使客户款项无法按协议约定处理时间准确入账的,应承担相应責任。

(4) 非资金所有人盗取他人存取工具发出电子支付指令,并且其身份认证和交易授权通过了发起行或转发人的安全程序,发起行或转发人对该指令进行处理所产生的后果不承担責任,但应积极配合客户查找原因,尽量减少客户的损失。但下列情形除外:使用数字证书和电子签名等作为安全认证方式的;因转发人或银行原因造成客户安全认证数据被盜的。

(5) 使用数字证书和电子签名等方式确定客户身份和交易授权的,非资金所有人盗取他人存取工具发出电子支付指令,并且其身份认证和交易授权通过了发起行或转发人的安全程序,如果该数字证书由合法的第三方认证服务机构提供,且第三方认证服务机构不能证明自己无过错的,应承担相应責任。

(6) 客户的有关电子支付业务资料、存取工具被盜或遗失,应按约定方式和程序及时通知转发人和银行。由于客户未妥善保管电子支付交易存取工具,且未及时采取补救措施造成资金损失的,若转发人或银行在电子支付交易办理过程中无过错的,对此资金损失不承担賠償責任。

(7) 客户发现自身未按规定操作,或由于自身其他原因造成电子支付指令未执行、未适当执行、延迟执行的,应在协议约定的时间内按照约定程序和方式通知银行或转发人。银行或转发人不承擔責任,但应积极调查并告知客户调查结果。银行和转发人发现因客户原因造成电子支付指令未执行、未适当执行、延迟执行的,应通知客户改正或配合客户采取补救措施。

(8) 客户按规定已变更或撤销指定办理电子支付业务账户的,如果银行已确认该账户被变更或撤销后,仍发生电子支付交易并造成资金损失,银行应承担全部責任。

(9) 因不可抗力造成电子支付指令未执行、未适当执行、延迟执行的,银行和转发人不对客户承担賠償責任,但应当采取积极措施防止损失扩大。因该差错取得不当得利的,应负有返还义务。

上述案例分析三:电子支付与传统的支付方式有很大不同,只要取款人输入密码正确,电子网络系统就不能拒绝付款。本案中李某之所以成功取走存款的原因,其实在于他利用

了当时许女士准确输入了密码后，银行电子系统确认无误正处于开放状态，所以电子系统可以继续完成交易，银行并无过错。

4. 电子认证服务机构的法律责任

电子认证服务机构是为电子签名人和电子签名依赖方提供电子认证服务的第三方机构。根据中华人民共和国信息产业部颁布自2005年4月1日起施行的《电子认证服务管理办法》规定，电子认证服务机构对下列行为应当承担法律责任。

（1）电子认证服务机构向信息产业部隐瞒有关情况、提供虚假材料或者拒绝提供反映其活动的真实材料的，由信息产业部依据职权责令改正，并处警告或者五千元以上一万元以下罚款。

（2）信息产业部和省、自治区、直辖市的信息产业主管部门的工作人员，不依法履行监督管理职责的，由信息产业部或者省、自治区、直辖市的信息产业主管部门依据职权视情节轻重，分别给予警告、记过、记大过、降级、撤职、开除的行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（3）电子认证服务机构违反《电子认证服务管理办法》规定，未能按照公布的电子认证业务规则提供电子认证服务或未能根据信息产业部的安排承接其他机构开展的电子认证服务业务的，由信息产业部依据职权责令限期改正，并处警告或一万元以下的罚款，或者同时处以以上两种处罚。

（4）电子认证服务机构违反《电子认证服务管理办法》第三十三条的规定的，对于已经取得电子认证服务许可的电子认证服务机构，在电子认证服务许可的有效期内降低其设立时所应具备的条件。由信息产业部依据职权责令限期改正，并处三万元以下罚款。

4.3 电子支付的国内立法及其风险防范

我国电子支付立法工作是随着银行系统电子化程度的提高和社会发展对电子支付业务需求的增长而逐步开展。

我国的电子支付目前尚未制定出统一完整的法律。各银行和金融机构在联行结算和电子联行的基础上，借助于电信业的发展和信息网络普及，发展了许多新业务，从自身发展出发制定了一些电子支付的管理办法和操作规章。这些管理办法和操作规章，在很大程度上促进了电子交易和电子支付的发展，加快了资金的划拨，拓宽了地域时空，缩短了资金的在途时间。随着电子支付方法和手段的发展，同时也暴露出一些问题。电子支付的安全问题从法律和技术上都没有得到根本的解决。电子支付的风险及其防范从法律上和技术保障上都成为急需解决的问题。

4.3.1 我国的电子支付立法

电子支付是在开放网络环境下取代传统的支付工具（如现金、票据）的电子信息传递。电子支付是电子商务活动中最核心、最关键的环节，是电子商务得以进行的基础条件。我国的电子支付目前随着业务的开展，其方法和手段逐步被人们所接受，并向企业和民间靠



近。当前,国内已开展网上银行业务的有交通银行、中国银行、中国建设银行、中国工商银行、中国农业银行、招商银行、中国邮政银行、中信银行等。从电子支付的立法过程上可分为以下三个层次。

1. 银行和金融机构的电子支付管理办法及操作规章

目前,各银行和金融机构电子支付的管理办法和操作规章主要有:中国人民银行1997年12月公布的《中国金融IC卡卡片规范》和《中国金融IC卡应用规范》,1998年9月公布的与IC卡规范相配合的POS设备规范。1999年1月26日,中国人民银行颁布了《银行卡业务管理办法》,对银行信用卡、借记卡等作出规范。我国电子支付立法工作随着银行系统电子化程度的提高和社会发展对电子支付业务需求的增长而逐步开展。

2. 国务院和国家金卡工程的管理规章

1998年年初,国家金卡工程协调领导小组根据国务院指示发出了《关于加强IC卡生产和应用管理有关问题的通知》,要求制定IC卡生产、应用的技术标准和规范。随后,《全国IC卡应用发展规划》、《IC卡管理条例》、《集成电路卡注册管理办法》、《IC卡通用技术规范》等相继出台。这些规章主要集中在技术标准和应用方面,是低端的电子支付方面的立法。

3. 国家最高立法机关制定和颁布的法律

2004年8月28日,十届全国人大常委会第十一次会议通过了《中华人民共和国电子签名法》,2005年4月1日起施行。这是我国制定的第一部涉及电子商务、电子支付方面的法律,对用于识别签名人身份并表明签名人认可其中的内容有了统一规定。2005年1月28日,中华人民共和国信息产业部发布《电子认证服务管理办法》,2005年4月1日起施行,对电子认证机构实行统一监督和管理。2005年6月9日,中国人民银行与中国银行业监督管理委员会发布了《电子支付指引》(征求意见稿)^①。该《电子支付指引》是为规范和引导电子支付业务的健康发展,保障电子支付业务中当事人的合法权益,防范电子支付业务风险,确保银行和客户资金的安全,根据《中华人民共和国电子签名法》、《支付结算办法》等法规制度制定,在中华人民共和国境内的电子支付活动都适用该《电子支付指引》。该《电子支付指引》使电子支付业务的申请,电子支付指令的发起和接收,安全控制,差错与责任都有了详细的规定。

我国的电子支付目前尚无统一完整的法律。随着电子支付方法和手段的发展,同时也暴露出一些问题。这些问题主要有:人们对电子支付的认识,从观念上还停留在传统的支付手段上;对电子支付产生的法律问题处于茫然状态,不知道自己有哪些权利,在什么情况下行使;不知道自己有哪些义务,在什么情况下履行;也不知道有哪些法律后果,在什么情况下承担。各家银行和金融机构的电子支付管理办法和操作规章不统一,操作起来不方便。跨银行之间的电子支付不顺畅,电子支付的安全问题从法律和技术上都没有得到根本的解决。

^① 2005年6月9日《金融时报》。

传统的法律是建立在一定时间、一定空间，并以真实的纸币、票据、实物为载体的交易与支付规则。而电子商务冲破了国家的地域管辖权的限制，没有时间和空间障碍，以一种全新的时空优势，以电子网络为依托，自由进入任何一个国家的商业网站，与任何一个用户进行交易，这就对传统法律规范中的支付手段问题提出了挑战。在我国，具有法律效力的网络交易支付工具已成为我国电子商务发展的“瓶颈”性障碍。因此，加强电子支付方面的立法已迫在眉睫。

网络电子支付方面的立法除了确认电子支付工具的法律地位外，在应对电子支付本身易引发的风险进行防范，如软件开发和设计风险、系统崩溃风险、操作不规范风险、黑客侵入风险、计算机病毒危害风险等。防范这些风险除了从法律上确认风险责任分担、严惩违法侵入者外，还应通过技术的发展，增强电子支付当事人的自我防护能力。

4.3.2 电子支付的风险防范

1. 电子支付系统中的风险

风险是指在有预见活动中不能达到预期目标，所带来的不利后果或损失。风险是客观存在的，任何有预期的经济活动都会存在风险。电子货币支付活动也存在风险。

电子支付活动，是从事电子商务交易的当事人，包括消费者、厂商和金融机构，使用安全电子支付手段通过网络进行的货币支付或资金流转。所以，电子支付所能产生的风险，不外乎来自网络技术方面和经济活动方面，我们称为技术风险和经济风险。

（1）技术风险。技术风险也称为系统风险，是由于网络技术方面的原因，使得电子支付活动不能实现。技术风险包括系统故障、系统遭受外来攻击、虚假电子支付指令、伪造电子货币和网络欺诈等。

（2）经济风险。电子支付是一种经济活动，所以同传统的支付活动一样存在着经济风险。例如，电子支付出现的信用危机，电子支付机构可能因无法满足对货币支付的要求而形成的支付危机等。

电子支付活动的实现不只涉及技术层面的问题，还包含了经济和法律等方面的三个重要的因素：支付工具的适用范围；不同支付工具中付款人、收款人和电子支付银行的操作办法；不同的政策与法律监管机制。

此外，在现代科技迅速发展的今天，伪币和欺诈的出现难以避免，消费者的信用卡号和密码等身份数据被盗用的可能性很大，从而会引发财产损失和透支等纠纷。

2. 电子支付系统风险的控制和防范

为确保电子货币的健康发展，维护电子货币支付系统的稳定与安全，必须在国家层面、行业层面、企业层面这三个层次对电子货币支付系统可能面临的各种风险进行管理和控制。

（1）在国家层面上，制定和明确电子货币规范化运作的一系列相关法律法规。

（2）在行业层面上，主要是中央银行对电子货币系统的各种风险进行监管和控制。

（3）在企业层面上，是指电子货币的开发者、发行人对各种风险的防范和控制，对



洗钱犯罪的防范。

电子货币在空间领域上的突破将促进经济的发展，但也带来了金融管理上的困难。

首先，电子货币可以很容易地进行远距离的转移。这不仅是由于电子货币的体积小，而且因为借助电话线、互联网，电子货币可以在瞬间转移到世界任何一个角落。

其次，电子货币具有很强的匿名性。传统货币的匿名性也比较强，这也是传统货币可以无限制流通的原因，但电子货币的匿名性则比传统货币更强，其主要原因就是加密技术的采用以及电子货币远距离传输的便利。

由于电子货币存在着这些弱点，所以比较容易被犯罪分子所利用，成为洗钱等犯罪活动的工具。犯罪分子可以将非法所得快速转移到法律薄弱的国家。

长期以来，不同国家银行业务与支付系统的发展大多局限于国界的范围，并形成了各自不同的支付文化，最直观的表现是支付工具及使用方法的区别上。一般我国习惯使用的现金，支票多用于对公业务，储蓄消费占据统治地位。而美国及欧洲国家非面对面的现金支付方式相对比较普遍。从整体上看，全球零售支付呈现出向电子非现金方式转移的趋势，如卡支付的快速增长、直接借记转账的大量应用等。

3. 电子支付所涉及的政治与法律领域的问题

电子支付还会涉及政治与法律领域的问题。在不同的国家，由于不同的传统习惯和经济发展水平的影响，所制定的法律与政策，对消费者的保护和在经济环境中的地位等，都是影响支付文化差异的重要因素。在支付系统参与者方面，非银行机构的角色差异也在支付文化中占据重要地位，如邮政服务系统、信用卡组织、电信运营商等。另外，商家和消费者对于支付工具的体验与期望也是重要内容。例如，消费者在决定采用某种支付工具时，商家可以作出何种担保，对于消费者来说风险的高低等，这些因素都或多或少影响着商家和消费者对于支付工具的选择。

国外电子支付发展得较快。在欧洲国家中，芬兰的支票使用占非现金方式的 0.2%，Giro（直接转账/信用转账，指资金从支付发起者的账户转移至收益人账户的转账系统，与借记转账相反。支票转账为典型的借记转账）转账的人均交易频率超过 100 笔/年，而爱尔兰的支票支付比例为 41.5%。支票使用整体呈现下降趋势，英国从 1991 年的 48.5% 下降为 1999 年的 2%，2003 年法国的卡支付以 36.6 亿欧元超过 34.6 亿欧元的支票支付，各国的卡支付比例在 10%~50% 之间不等。几乎所有欧洲国家都建立了较为完备的 Giro 网络，即在同一国家中，一张银行卡几乎可以在任何自动柜员机和 POS 终端使用，各国银行间在推进新型支付产品方面都有相当紧密的合作。

美国由于支票的大量使用，整体上可以看成老式的纸介质零售支付系统，但它的支票电子化进程正在大力推进当中。目前，美国 Giro 转账占非现金支付方式的 5%，但人均拥有的卡数量非常高，从 1999 年的 3.3 张增长为 2004 年的 4.3 张。美国信用卡极为普及，借记卡增长趋势也非常明显，最新的统计表明，38% 的美国消费者更加愿意使用借记卡购物。美国存在两个大额转账系统——Fedwire 与 CHIPS，以及四个 ACH 核心处理机构，支票的处理由 150 个支票清算所操作。

在中国，电子商务领域已有多家网站推出支付工具，如淘宝的“支付宝”，eBay 易趣的“易付通”（目前已升级为“安付通”），慧聪网的“买卖通”及 2005 年初雅虎与新浪的

合资公司一拍网推出的“e拍通”等。但是，在缺少个人支票和信用卡的使用习惯及相应基础设施的情况下，支付在中国仍然是个大问题，特别是非面对面的交易，传统的支付手段严重阻碍了电子商务的发展。我们应当看到电子支付是在电子商务发展中的一个手段，其发展是一个渐进的过程，是一个从传统方式跳出来的过程。刷卡消费、网上购物、电话交费，已经被大多数人所接受。当你的家人在外地因手机欠费无法联系而焦急不安时，即使是在深更半夜也可以通过电话银行支付系统进行交费。交费成功后立即能与家人建立沟通联系，得到你最想得到的信息，享受电子支付给你带来的幸福和快乐。

本章小结

本章讲述了电子支付的概念和电子支付的三个特征。电子支付是采用先进的技术通过数字流转来完成信息传输的，其各种支付方式都是采用数字化的方式进行款项支付的。电子支付的工作环境是基于一个开放的系统平台。电子支付使用的是最先进的通信手段。电子支付的主要形式有电子现金和电子钱包、电子支票、信用卡网络支付等。本章还介绍了目前应用较多的三种电子支付系统流程。

为了保证电子支付的顺利进行，必须制定相应的法律和法规，以分清电子支付中的法律关系和法律责任。电子支付法律关系的当事人即电子支付法律关系的主体，是在电子商务法律关系中，依法享有商务交易结果的权利和承担电子支付义务的法人或自然人。从实际参加支付活动的角色上，可划分为四种人，即付款人、收款人、电子支付银行、电子认证机构（CA）。由于这四种人在电子支付过程中所发挥的作用不同，因此，他们各自有相应的权利和义务。这些权利和义务，是保护电子支付当事人行为的规范，也是调节电子支付当事人之间法律关系的基础。

在电子支付的实施过程中，虽然仅有四种当事人，但它们之间却有许多种的法律关系，构成电子支付当事人之间的法律关系，如交易关系、合同关系、债权债务关系、借贷关系、委托代理关系、认证关系等。这些法律关系均是建立在平等的经济关系的基础上，受法律的保护。电子支付法律责任的承担实际上是在电子支付的整个程序中，在实施操作和技术保障的各环节上法律责任的分工，法定权利的行使，法定义务的履行，法定责任的承担。电子支付中的法律责任有：电子支付的民事法律责任；电子支付违反《合同法》的责任；电子支付违反《商业银行法》的责任；电子支付中的行政法律责任；电子支付中的刑事法律责任。

鉴于我国目前在电子支付立法方面尚不完善的现状，对于电子支付的风险防范，维护电子货币支付系统的稳定与安全，必须从国家层面、行业层面、企业层面这三个层次对电子支付系统可能面临的各种风险进行管理和控制。在国家层面上，制定和明确电子货币规范化运作的一系列相关法律法规；在行业层面上，主要是中央银行对电子货币系统的各种风险进行监管和控制；在企业层面上，是指电子货币的开发者、发行人对各种风险的防范和控制，对洗钱犯罪的防范。



案例分析

利用 ATM 取款机冒领存款案

某年4月12日晚10时,胥某在某区黄河路一家银行的ATM取款机取款。结果取出1000元后,他惊讶地发现银行卡账户里只被扣了1元,狂喜之下,胥某连续取款5.4万元。当晚,胥某回到住处,将此事告诉了朋友安某。两人随即再次前往提款,之后反复操作多次。后经警方查实,胥某先后取款170余笔,合计17.5万元;安某则取款1.8万元。事后,二人各携赃款潜逃。

同年10月17日,安某向公安机关投案自首,并全额退还赃款1.8万元。经当地法院审理后,法院认定其构成盗窃罪,但考虑到其自首并主动退赃,故对其判处有期徒刑一年,并处罚金1000元。而潜逃一年的胥某,17.5万元赃款因投资失败而挥霍一空,后被警方抓获。法院几经审理,最终认定,被告胥某以非法侵占为目的,伙同同案人采用秘密手段,盗窃金融机构,数额特别巨大,依法本应适用无期徒刑或者死刑,但鉴于胥某恶意取款是在发现银行自动柜员机出现异常后的行为,采用持卡非法窃取金融机构经营资金的手段,其行为与有预谋,或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同。从犯罪具有一定的偶然性看,其犯罪主观恶性不是很大。根据本案具体的犯罪事实,犯罪情节和对社会造成的危害程度,可在法定刑以下判处刑罚。判处胥某有期徒刑五年,并处罚金两万元。

案例讨论题:

1. 在本案中银行是否应当承担赔偿责任?
2. 冒领银行存款构成的是什么犯罪?

思考题

1. 什么是电子支付?它具有哪些特征?
2. 电子现金与电子钱包是一个概念吗?为什么?
3. 电子货币具有哪些特点?
4. 电子支付法律关系的当事人有哪几种?
5. 电子支付付款人有哪些权利和义务?
6. 电子支付收款人有哪些权利和义务?
7. 电子支付银行有哪些权利和义务?
8. 电子支付认证服务机构的性质是什么?它有哪些权利和义务?
9. 电子支付法律责任主要有哪几种?其中民事法律责任主要涉及哪些方面?
10. 电子支付中的风险有哪些?
11. 电子支付中的风险应当从哪些层面来防范?

第 5 章 网络著作权保护法律问题

【学习目标】

- 理解、掌握网络著作权的概念、客体和内容；
- 理解网络著作权的各种限制制度、网络著作权侵权行为及法律责任；
- 了解我国网络著作权的立法状况。

5.1 网络著作权概述

20 世纪 90 年代以来，随着信息网络技术的不断发展，尤其是互联网的迅猛发展，信息的传播出现了前所未有的转变。网络已经不仅仅是某种令人震撼的技术成果，它已经演变成人们进行创造和文化交流的广阔舞台。一方面，网络环境下，出现了诸如多媒体作品、网页等新型作品形式；而且由于复制的便捷性，传统作品被数字化后可以通过网络进行迅速而广泛的传播，使得人们获取和传播信息更加方便。另一方面，网络上肆意上传、转载、抄袭他人作品的现象也愈演愈烈，以至于有人把互联网称为“互抄网”，而著作权人希望将其对作品的权利自然延伸到网络上，一时之间，网络著作权纠纷大量出现。从 1999 年起，中国互联网真正进入普及和应用的快速增长期。同时，1999 年也成为网络著作权问题的司法起点。据北京市第一中级人民法院统计，从 1999 年首次受理涉及网络著作权问题的王蒙、张抗抗等六作家诉世纪互联公司案，到 2008 年上半年，该法院共受理网络知识产权案件 978 件，案件受理数在 9 年内提高了近 10 倍，从 1999 年的 14 件到 2008 年的近 140 件。网络著作权正是在这种环境下产生的，我国关于网络著作权的立法很大程度上也是在司法实践的推动下不断发展完善的。

5.1.1 网络著作权及我国立法现状

1. 网络著作权的概念

著作权，亦称版权，有广义和狭义之分。狭义的著作权仅指以作品为对象的权利，即文学、艺术和科学作品的创作者就其创作之作品，依法在一定期限内所享有的专有权利。广义的著作权还包括以表演、录音制品、广播节目为对象的权利，即作品的传播者就其作品传播形式依法享有的权利，后者称为“邻接权”或“相关权利”。网络著作权是传统著作权在网络环境中的延伸，也就是著作权人对受著作权法保护的作品在网络环境下所享有的著作权权利。



2. 我国网络著作权立法现状

我国已制定并颁布的现行与著作权有关的法律法规以及我国缔结或参加的国际公约,是网络著作权方面的基本法律渊源。这类法律法规主要包括:《中华人民共和国著作权法》、《中华人民共和国著作权法实施条例》、《著作权集体管理条例》、《计算机软件保护条例》、《保护文学和艺术作品的伯尔尼公约》和《世界知识产权组织版权条约》等。

自2000年以来,针对网络环境下著作权的新问题,我国积极展开专门立法活动,新颁布及修订的相关法律法规是目前我国关于网络著作权的重要法律渊源。

2000年11月22日,最高人民法院审判委员会第1144次会议通过了《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》。该司法解释第一次以法条形式明确:受著作权法保护的作品包括数字化形式,著作权法中对著作权各项权利的规定均适用于数字化作品的著作权。将通过网络向公众传播作品的行为,归属于著作权法规定的使用作品的方式,著作权人享有以该种方式使用或者许可他人使用作品,并由此获得报酬的权利。该司法解释此后分别于2003年12月23日和2006年11月20日进行了两次修正。

2001年10月27日,为配合中国加入世界贸易组织、达到《与贸易有关的知识产权协定》的相关要求,同时也为了适应新形势下尤其是计算机网络环境下著作权保护的迫切要求,我国修订了《中华人民共和国著作权法》,增加了网络著作权保护的相关内容,明确规定了信息网络传播权,同时还规定了技术保护措施和权利管理信息以及网络著作权的邻接权等。2002年8月2日,根据修改后的《著作权法》,国务院公布了《中华人民共和国著作权法实施条例》。

2005年4月30日,国家版权局和信息产业部联合颁布了《互联网著作权行政保护办法》。该办法规定了网络著作权行政保护的适用范围、实施网络著作权行政保护的管理部门和管辖权,确定了权利人的通知和互联网内容提供者的反通知制度,界定了著作权权利人、互联网内容提供者、互联网接入服务提供者、互联网信息服务提供者在保护网络著作权方面的责任及免责情形,并规定了相应的处罚措施。

2006年5月18日,国务院正式颁布了《信息网络传播权保护条例》,该条例涉及权利保护、权利限制以及网络服务提供者责任免责等内容,规定了信息网络传播权、技术措施受保护权和权利管理信息保护权以及信息网络传播权的合理限制等。

5.1.2 网络著作权的客体

著作权的客体即著作权的保护对象,是作品。根据我国《著作权法实施条例》第二条的规定,作品是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。

根据著作权法的规定,受著作权法保护的作品应当具备以下四个条件。

(1) 独创性。也称原创性,指作品是作者通过独立构思创作完成的而非以抄袭、剽窃、篡改他人的已有作品而产生,即著作权法所保护的作品是作者创造性的智力成果,而非抄袭他人成果的作品。

(2) 可复制性。也称可控制性,指作品必须能够以某种物质形式载体复制其所表现

的智力创作成果，从而能被他人所感知并能通过复制对作品加以传播和利用。

（3）合法性。作品的内容不得违反宪法和法律，不得损害社会公共利益。

（4）属于文学、艺术或科学领域。只有属于文学、艺术和科学领域内的智力创作成果，方属于著作权法保护的作品，这样便使得著作权的客体与专利、商标等知识产权的客体区别开来。

网络著作权是著作权人在网络环境下所享有的著作权权利，是著作权权利在网络环境下的扩展，作品依然是网络著作权的客体，但作品的形式发生了重大变化。《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二条规定：“受著作权法保护的作品，包括著作权法第三条规定的各类作品的数字化形式。在网络环境下无法归于著作权法第三条列举的作品范围，但在文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的其他智力创作成果，人民法院应当予以保护。”据此，可将网络著作权客体的形式划分为一般形式和特殊形式。

1. 网络著作权客体的一般形式：数字化作品

根据我国《著作权法》第三条和《著作权法实施条例》第四条的规定，传统形式的作品具体表现为以下各种类型：

- （1）文字作品，是指小说、诗词、散文、论文等以文字形式表现的作品；
- （2）口述作品，是指即兴的演说、授课、法庭辩论等以口头语言形式表现的作品；
- （3）音乐作品，是指歌曲、交响乐等能够演唱或者演奏的带词或者不带词的作品；
- （4）戏剧作品，是指话剧、歌剧、地方戏等供舞台演出的作品；
- （5）曲艺作品，是指相声、快书、大鼓、评书等以说唱为主要形式表演的作品；
- （6）舞蹈作品，是指通过连续的动作、姿势、表情等表现思想情感的作品；
- （7）杂技艺术作品，是指杂技、魔术、马戏等通过形体动作和技巧表现的作品；
- （8）美术作品，是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品；
- （9）建筑作品，是指以建筑物或者构筑物形式表现的有审美意义的作品；
- （10）摄影作品，是指借助器械在感光材料或者其他介质上记录客观物体形象的艺术作品；
- （11）电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品，是指摄制在一定介质上，由一系列有伴音或者无伴音的画面组成，并且借助适当装置放映或以其他方式传播的作品；
- （12）图形作品，是指为施工、生产绘制的工程设计图、产品设计图，以及反映地理现象、说明事物原理或者结构的地图、示意图等作品；
- （13）模型作品，是指为展示、试验或者观测等用途，根据物体的形状和结构，按照一定比例制成的立体作品；
- （14）计算机软件，是指计算机程序及其有关文档，计算机程序是指为了得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列，或者可以被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列；文档是指用来描述程序的内容、组成、设计、功能规格、开发情况、测试结果及使用方法的文字资料和图表等，如程序设计说明书、流程图、用户手册等；



(15) 法律、行政法规规定的其他作品。

数字化是把所有的信息用一连串的“1”和“0”组成代码来表示,并用数字技术进行加工处理并在网上传输。作品的数字化,是指利用数字化技术,将传统媒介上的作品原样移植到数字化媒介中,如将文章录入到计算机中,将绘画、图纸等扫描到计算机中等。传统形式的作品被数字化后,将以特定形式存在于磁介质上,由原来的表现于纸面上的作品形式转化为存储于磁介质上的代码化符号,这样的代码化符号表现为当计算机等装置读取时出现脉冲电信号。但作品的数字化并未改变作品的内容,改变的只是作品的存在形式。因此,数字化过程本身并不具有独创性,不产生新的作品,数字化作品的著作权仍由原作品的著作权人享有。

“北京在线”是被告世纪互联通讯技术有限公司设立的在线网站。1998年4月,被告成立“灵波小组”,为“北京在线”做栏目。而后,在未取得原告王蒙等六位作家许可的情况下,下载了在网上传播的六名原告分别创作的《坚硬的稀粥》等文学作品,并存储在其计算机系统内,通过WWW服务器在国际互联网上进行传播。1999年5月31日,王蒙等六作家以世纪互联通讯技术有限公司侵犯著作权为由,分别向北京市海淀区人民法院起诉,请求法院判令被告停止侵权行为,公开赔礼道歉,并赔偿经济损失等。

被告辩称互联网络服务是一种新兴行业,在网络上传输包括文学作品在内的信息,具有便捷、低价等优势,是未来发展的趋势,在国际互联网上应当如何使用他人作品,使用他人作品是否需经作品著作权人授权,是否向著作权人支付使用费等问题无法可循,而且现公司已关闭“北京在线”相关栏目,停止使用原告的作品,请法院依法予以驳回。

法院经审理后认为,科学技术的发展,必然对作品的表现形式、使用方式、传播手段等方面产生影响。但这些影响并不能否认作者对其创作的作品所享有的专有权。其中,数字化作品是将文字、数值、图像等表现形式的作品,通过计算机转换成机器识别的二进制编码数字的作品,这种转换不具有著作权法意义上的创造性,并没有形成新的作品,原作品的著作权人对其在网络环境中数字化表现的作品依然享有著作权。被告从互联网上将原告的作品下载到其计算机系统内存储,并通过WWW服务器将原告的作品上传到国际互联网上进行传播的行为,是对原告作品的传播使用。作品的著作权人有权决定其作品是否在国际互联网上进行传播使用。被告未经许可将原告的作品在网上传播,侵害了原告对其作品享有的使用权和获得报酬权。因此,判决被告自判决生效之日起停止使用原告的文学作品、公开致歉并赔偿原告相应的经济损失。

其后,世纪互联通讯技术有限公司不服一审判决,向北京市第一中级人民法院提起上诉,北京市第一中级人民法院审理后,驳回其上诉,维持原判。

2. 网络著作权客体的特殊形式: 网络作品

网络作品,顾名思义,是指在计算机网络上出现的作品。排除传统作品的数字化形式,此处的网络作品仅指直接以数字化形式创作的作品。《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二条规定,“在网络环境下无法归于著作权法第三条列举的作品范围,但在文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的其他智力创作成果,人民法院应当予以保护。”可见,网络作

品只要符合著作权法对作品的要求条件即独创性、可复制性、合法性并且属于文学、艺术或科学领域，即为著作权的保护对象。

随着计算机和网络技术的不断发展，网络作品新的表现形式也是层出不穷。网络作品的主要表现形式是多媒体作品。多媒体作品是指运用多媒体技术，通过文本、图片、计算机图形、动画、声音以及视频等任何几种单独媒体作品的组合，创作出的一种作品形式。多媒体作品的形象性、直观性使多媒体技术自产生之日起便开始向各个领域渗透，如今已广泛运用于产品的展示、培训、教学以及网页制作等方面。例如：

在瑞得（集团）公司诉宜宾市翠屏区东方信息服务有限公司著作权侵权纠纷案中，法院认为原告的主页虽然所用颜色、文字及部分图标等已处于公有领域，但将该主页上的颜色、文字、图标以数字化的方式加以特定的组合，给人以美感，而不是依照客观规律对客观事实的简单排列，应是一种独特构思的体现，具备独创性；这一主页既可储存在 WWW 服务器的硬盘上，又可被打印在纸张上，说明该主页是可复制的；该主页能够被人通过 WWW 服务器上传到国际互联网上并保持稳定状态，可以被社会公众借助联网的计算机所接触，说明该主页具有可传播性，故该主页应视为受著作权法保护的作品。这是我国首例确认网页作为著作权客体作品的案件。

具有独创性的网络数据库也属于受著作权法保护的网络作品。数据库是按照现代化检索形式组织并储存于计算机中的独立作品、数据或者其他材料的有序集合。数据库的收集与整理需要投入大量的人力和财力，需要制作者对作品、数据或其他材料进行选择、编排，与汇编作品极为相似。我国《著作权法》第十四条规定，“汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料，对其内容的选择或者编排体现独创性的作品，为汇编作品，其著作权由汇编人享有，但行使著作权时，不得侵犯原作品的著作权。”可见，对于具有独创性的数据库作品，权利人享有著作权。例如：

海南经天信息有限公司 1998 年投资 180 万完成开发并出版发行的《中国大法规数据库》，被海口网威科技有限公司于 2000 年将其解密后，复制到其经营的《司法在线》网站上。海南经天信息有限公司将该侵权的网上法规数据库，经过公证将其下载作为证据，向海口市中级人民法院起诉，并主张自己在数据库的内容选择、体例编排以及程序设计等方面付出了大量创造性的劳动和资金投入，海口网威科技有限公司的行为侵犯了自己的著作权。一审法院认定被告不构成侵权。二审中，法院认为：《中国大法规数据库》1998 年已获国家版权登记，依法享有著作权；海口网威科技有限公司的法规库与案外人的法规库只有某些特征相符，因此并不能排除其抄袭海南经天信息有限公司法规库的可能性。认定海口网威科技有限公司侵权事实成立，判决其立即停止侵权，书面赔礼道歉，并向海南经天信息有限公司赔偿人民币 5 万元。本案是国内首例数据库著作权纠纷案。

5.1.3 网络著作权的内容

著作权的内容是指著作权具体包括哪些权利，具体来讲，是指由著作权法所确认或保护的作者和其他著作权人所享有的权利。根据我国《著作权法》和有关国际公约的规定，著作权包括著作人身权和著作财产权两项重要的内容。网络著作权的内容与传统著作权的



内容没有不同,但由于权利产生和存在的环境发生了变化,在权利的保护上有一定的不同。

1. 著作人身权

著作人身权,在大陆法系国家通常称为作者人格权,在英美法系国家则称为精神权利,我国《著作权法》称之为作者享有的人身权。尽管称谓有别,其含义却基本一致,均指作者等著作权人基于作品创作所享有的各种与人身相联系而无直接财产内容的权利。

根据我国《著作权法》第十条的规定,著作人身权的内容如下。

(1) 发表权,即决定作品是否公之于众的权利。具体地说,就是著作权人有权决定其作品是否公之于众,何时、何地以及以何种方式公之于众的权利。发表权是著作权人所享有的一项最重要的人身权利,如果作者完成了作品创作却不发表,则其他的著作人身权和财产权均因作品无法广为人知而无从实现。发表权是一次性权利,在作品首次公之于众后即行消失。

(2) 署名权,又称确认作者身份权,是指作者在其创作的作品或复制件上标注自己的姓名或名称,用以表明作者身份的权利。署名权包括作者在自己创作的作品上署名和不署名两方面的权利,具体内容包括:作者有权决定是否在其创作的作品上署名和以何种方式署名,署真名、笔名、艺名或多个作者的署名顺序等;有权要求在以自己创作的作品为基础所演绎的作品上署名;有权禁止未参加创作的人在自己作品上署名等。

(3) 修改权,即修改或者授权他人修改作品的权利。作品是作者精神领域中内在思想感情的外在表现方式,作品显示着作者的人格、品味烙印,作品发表后,如果作者认为该作品已不能反映其变化了的学术观点或者文学思想,他们有权根据自己的意志对作品进行修改,如删节、充实、改写等。其他人对作品的修改,必须获得该作品创作者的同意并取得许可修改的授权。

(4) 保护作品完整权,即保护作品在形式、内容、作者原创意图等方面不受歪曲和篡改的权利。作者有权保护其作品的完整性,有权保护其作品不被他人丑化;未经作者许可,他人不得擅自删除、变更作品的内容,或者对作品进行破坏其内容、表现形式和艺术效果的变动,以保护作者的名誉和声望,维护作品的纯洁性。修改权和保护作品完整权是著作权法赋予作者保护作品不被歪曲和篡改的两项相辅相成的权利,保护作品完整权是一项禁止权。

一般而言,著作人身权具有永久性、不可分割性和不可剥夺性的特点。所谓永久性,是指著作人身权的保护在一般情况下不受时间限制。根据我国《著作权法》第二十条规定,上述除发表权以外的著作人身权(包括作者的署名权、修改权、保护作品完整权)的保护期不受限制。

2. 著作财产权

著作财产权,又称著作经济权利,是指著作权人自己使用或者授权他人以一定方式使用作品而获取物质利益的权利。著作财产权的性质明显不同于著作人身权,它可以转让、继承或放弃。著作财产权也明显不同于一般的财产权,它受地域、时间等因素的限制。

著作财产权在著作权制度中占有举足轻重的地位。无论是英美法系国家或大陆法系国家,均在著作权法中详尽地规定了著作财产权。著作财产权的发展,与技术进步存在密切

的联系。在 19 世纪末 20 世纪初，印刷出版是作品使用的主要方式，作者的财产权利很大程度上局限于出版复制权的范围。进入 20 世纪后，随着录音、录像、卫星转播、广播、电视等新的复制、传播手段的发展，权利的内容发生了质的飞跃。广播权、有线电视转播权、录音录像权等新的权项相继出现并为许多国家的著作权法所承认。至 20 世纪 50 年代，计算机技术、数字化技术的发明与推广又为著作权制度拓展了新的领域，诸如增加计算机存储作品权、传播作品权、出租作品权、进口权、公共借阅权等权利的呼声一浪高过一浪，各国立法者不得不重新审视本国的著作权法，逐步增加新的著作财产权项。

根据我国《著作权法》第十条的规定，著作财产权包括复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权、其他著作财产权等。其中，与网络环境中著作财产权的行使有密切联系的包括复制权、发行权和信息网络传播权。

（1）复制权，是指创作作品的作者等著作权人依法享有的包括禁止或许可他人以复制的方式使用其作品并以此获得经济报酬的专有权利。复制是指以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份，因此，复制不是创作，只是将不同形式的作品“再现”或“重现”，没有增加或改变任何内容。复制的关键在于作品的再现，同时伴随着载体的“增多”。大多数著作财产权往往需要通过复制权的行使得以实现，复制权是著作财产权中最基本的权能。

传统意义上的复制通常可以分为两种情形：一种是以手抄、拓印、雕刻等方式完成的手工复制；另一种是以印刷、录制、照相、复印等方式完成的机械复制。随着新科技尤其是网络技术的发展，复制的手段越来越多，复制品的传播速度越来越快，作者对复制权的控制越来越困难。一方面，权利人希望扩大复制权，而另一方面，使用者希望限制复制权的扩大。网络环境下的复制行为，一般来说，如用户主动的下载、转载等，属于复制权调整的复制行为，未经权利人许可，则可能构成侵权；但是纯粹的技术性复制（如在网络的正常使用过程中作品的数字信息自动以文本的形式存储于计算机内存及缓冲区等所产生的暂时复制）应排除在外。

（2）发行权，是指创作作品的作者等著作权主体依法所享有的包括禁止或许可他人向公众提供作品原件或复制件并以此获取经济报酬的专有权利。发行是指以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的行为。复制的主要目的是为了向社会公众传播，因此，发行权是与复制权密切相关的一种权利。网络环境下，网站主体利用录入、复制、粘贴等计算机手段，最终将作品以数字信号方式“上传”至网站的服务器上，供访问者通过登录、浏览、下载等方式阅读作品的过程，实质上是一种将诸如以传统的纸介质发行变为网络方式发行的方式。

（3）信息网络传播权，是指作品创作者等著作权人，依法所享有的禁止或许可他人利用网络传播的方式使用其作品，并依此获得经济报酬的专有权利。信息网络传播是指以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的行为。该项权利是我国现行《著作权法》于 2001 年修订时所增列的一项重要著作财产权，但《著作权法》仅对该权利的保护作出了原则性的规定，对信息网络传播权的具体保护办法授权国务院另行作出规定。

2005 年 4 月 30 日，国家版权局和信息产业部联合发布了《互联网著作权行政保护办



法》，明确规定了对侵犯互联网信息服务活动中信息网络传播权行为的行政处罚办法。2006年5月18日国务院颁布了《信息网络传播权保护条例》，对信息网络传播权从权利保护、权利限制以及网络服务提供者责任免除等方面做了规定，努力保持各方的利益平衡，以利于发挥网络传播作品的潜能和满足大众使用作品的要求。此外，根据信息网络传播权的特点，在《著作权法》规定的基础上，《信息网络传播权保护条例》明确规定保护为保护权利人信息网络传播权采取的技术措施和保护用来说明作品权利归属或者使用条件的权利管理电子信息。

技术措施，是指用于防止、限制未经权利人许可浏览、欣赏作品、表演、录音录像制品的或者通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品的有效技术、装置或者部件。技术措施主要包括控制访问的措施和控制使用的措施。控制访问的措施让用户无法访问某个网站或网站中的某个作品，如控制访问进入措施等。控制使用的措施是用来控制用户复制及传播作品的措施，如反复制设备、电子水印、数字签名或数字指纹技术等。为保护权利人信息网络传播权采取的技术措施，是权利人自行采取的防止他人未经授权接触或者使用著作权保护内容的事前防范手段。考虑到作品在网络环境下复制之宜、传播之快、事后救济之难，权利人主动采用技术措施不失为一种低成本、高效率的著作权保护方式。法律上承认权利人合理使用技术手段进行自力保护的做法，也是针对互联网技术给著作权法律体系带来巨大冲击而作出的一种回应，以平衡互联网技术给网络环境中侵犯著作权行为带来的便利。

权利管理电子信息，是指说明作品及其作者、表演及其表演者、录音录像制品及其制作者的信息，作品、表演、录音录像制品权利人的信息和使用条件的信息，以及表示上述信息的数字或者代码，是用以宣示特定内容受到著作权法保护以及与权利人和使用条件相关的信息。权利管理电子信息一般包括：关于作品的信息（即作品的标题）、关于作品各种权利人的信息（即作者、版权人、表演者等的姓名或名称）、关于使用作品的期限和条件的信息、伴随上述信息或与上述信息相连的识别数字或图标（例如埋置的指针或超文本链接）等。网络环境下，权利管理电子信息是指以数字化形式出现的信息，它们被嵌在电子文档里，附加于作品的每件复制品上或作品向公众传播时显示出来。

5.2 网络著作权的限制

现代著作权法的立法宗旨在于鼓励和保护优秀作品的创作与传播。为此，各国著作权法的重心一般都放在如何保护作者和其他著作权人以及邻接权人基于作品的创作和传播而产生的种种权利上。然而，任何作品都是在前人的智慧和文化遗产的基础上创作和完成的，同样又将成为后人为创作更优秀的成果而吸收和借鉴的对象。在这个意义上，任何作品都是人类共同的精神财富，为促进全社会文化、艺术和科学的发展和提高，著作权人对其作品的控制和权利的独占都不应当是绝对的和无限制的。著作权法在保护作者及其他著作权人和传播者利益的同时，还必须兼顾社会公共利益，防止权利被滥用而妨碍和束缚科学技术的进步和文化的繁荣。因此，当今世界各国的著作权立法，无不对著作权予以一定的限制。

著作权的限制，主要针对著作财产权而设立。我国《著作权法》对作者享有的著作权

利，除了保护期的限制外，在对作品使用方面存在的限制主要体现在合理使用、法定许可及强制许可制度等方面。网络著作权的限制，应当考虑网络自身发展的特点，尽量满足社会公众对信息获取的合理需求，同时也应最大限度地兼顾著作权人的利益，以激励更多更好作品在网络环境下的传播。《信息网络传播权保护条例》对网络著作权的限制在合理使用、法定许可、强制许可以及默示许可方面作出了具体的规定。

5.2.1 网络著作权的合理使用

合理使用是指在法定情形出现的情况下，任何人可在法律规定的限度内，自由使用享有著作权的作品，而不必征得著作权人的同意，也不必向其支付使用报酬的法律制度。其中“无须经著作权人许可”和“无偿使用”是其显著特征，是合理使用区别于法定许可和强制许可等其他对著作权权利限制制度的重要标准。根据我国《著作权法》的规定，合理使用必须符合三个条件：一是被使用的作品必须已经发表；二是使用作品的目的必须是出于非商业用途；三是合理使用还需尊重著作权人的著作人身权，使用作品时应指明作者姓名、作品名称、作品出处等。我国《著作权法》第二十二条列举了十二种法定的著作权合理使用情形。

第二十二条 在下列情况下使用作品，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利：

- （一）为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；
- （二）为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品；
- （三）为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；
- （四）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，但作者声明不许刊登、播放的除外；
- （五）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外；
- （六）为学校课堂教学或者科学研究，翻译或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行；
- （七）国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品；
- （八）图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品；
- （九）免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬；
- （十）对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像；
- （十一）将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行；
- （十二）将已经发表的作品改成盲文出版。

前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。



《信息网络传播权保护条例》对上述著作权十二种法定的合理使用情形在网络环境下进行了相应的调整,第六条和第七条共规定了网络著作权合理使用的九种情形。需要注意的是,对于第六条中的第(七)项和第(八)项,不得通过信息网络提供作者事先声明不许提供的作品。此外,对于符合第七条规定的合理使用人,负有采取技术措施以防止服务对象以外的其他人获得著作权人的作品的义务和采取技术措施以防止服务对象的复制行为对著作权人利益造成实质性损害的义务。

第六条 通过信息网络提供他人作品,属于下列情形的,可以不经著作权人许可,不向其支付报酬:

(一)为介绍、评论某一作品或者说明某一问题,在向公众提供的作品中适当引用已经发表的作品;

(二)为报道时事新闻,在向公众提供的作品中不可避免地再现或者引用已经发表的作品;

(三)为学校课堂教学或者科学研究,向少数教学、科研人员提供少量已经发表的作品;

(四)国家机关为执行公务,在合理范围内向公众提供已经发表的作品;

(五)将中国公民、法人或者其他组织已经发表的、以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品,向中国境内少数民族提供;

(六)不以营利为目的,以盲人能够感知的独特方式向盲人提供已经发表的文字作品;

(七)向公众提供在信息网络上已经发表的关于政治、经济问题的时事性文章;

(八)向公众提供在公众集会上发表的讲话。

第七条 图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等可以不经著作权人许可,通过信息网络向本馆馆舍内服务对象提供本馆收藏的合法出版的数字作品和依法为陈列或者保存版本的需要以数字化形式复制的作品,不向其支付报酬,但不得直接或者间接获得经济利益。当事人另有约定的除外。

前款规定的为陈列或者保存版本需要以数字化形式复制的作品,应当是已经损毁或者濒临损毁、丢失或者失窃,或者其存储格式已经过时,并且在市场上无法购买或者只能以明显高于标定的价格购买的作品。

5.2.2 网络著作权的法定许可

法定许可使用是指依《著作权法》的规定,使用者在利用他人已经发表的作品时,可以不经著作权人的许可,但应向其支付报酬,并尊重著作权人其他权利的制度。与著作权的合理使用相比较,“无须经著作权人许可”和“有偿使用”是其显著特征。

我国《著作权法》第三十二条第二款规定:“作品刊登后,除著作权人声明不得转载、摘编的外,其他报刊可以转载或者作为文摘、资料刊登,但应当按照规定向著作权人支付报酬。”我国《著作权法》分别在第三十二条、第三十九条、第四十二条和第四十三条规定了出版者权的法定许可、表演者权的法定许可、录音录像制作者权的法定许可和播放者权的法定许可。设定法定许可制度的目的主要在于鼓励作品的广泛传播。由于许可的对象

都是已经发表的作品，因此首先推定这种做法是符合著作权人的意愿的；为了保障著作权人的利益，法律又要求使用作品的人按规定支付报酬。与此同时，还设置了著作权人权利保留制度，允许著作权人通过声明不许他人使用其作品。

《信息网络传播权保护条例》的第八条规定了网络著作权的唯一一种法定许可情形，“为通过信息网络实施九年制义务教育或者国家教育规划，可以不经著作权人许可，使用其已经发表作品的片断或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品制作课件，由制作课件或者依法取得课件的远程教育机构通过信息网络向注册学生提供，但应当向著作权人支付报酬。”但是，获得法定许可的使用人有义务采取技术措施，以防止服务对象以外的其他人获得著作权人的作品；

此外，值得注意的是，网络上的转载、摘编行为曾经属于法定许可的情形，2001年通过并于2003年修订的《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第三条规定：“已在报刊上刊登或者网络上传播的作品，除著作权人声明或者报刊、期刊社、网络服务提供者受著作权人委托声明不得转载、摘编的以外，在网络进行转载、摘编并按有关规定支付报酬、注明出处的，不构成侵权。但转载、摘编作品超过有关报刊转载作品范围的，应当认定为侵权。”根据这一规定，网络上的转载、摘编行为属于法定许可的情形，除权利人声明不得转载的，可以不经著作权人的许可，但应向其支付报酬。然而，2006年7月1日起施行的《信息网络传播权保护条例》第二条对此作出了不同的规定，“权利人享有的信息网络传播权受著作权法和本条例保护。除法律、行政法规另有规定的外，任何组织或者个人将他人的作品、表演、录音录像制品通过信息网络向公众提供，应当取得权利人许可，并支付报酬。”显然，《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第三条的规定与此相冲突。2006年11月20日最高人民法院审判委员会第1406次会议决定删除原来司法解释第三条条规定，并颁布了《关于修改〈最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释〉的决定（二）》。因此，值得注意的是，网络上的转载、摘编行为不再属于法定许可的情形，报纸、杂志上发表的作品或者网络上传播的作品（时事新闻等特定内容除外），未经著作权人的许可不得在网络进行转载、摘编。

5.2.3 网络著作权的强制许可

强制许可使用是指基于某种正当的理由，需要使用他人已经发表的作品时，经准备使用他人作品的人申请，著作权行政管理部门授权批准，即可使用该作品，无需征得该作品著作权人的许可，但应当向其支付使用报酬的法律制度。强制许可使用要求使用人以合理条件向被使用作品的著作权人申请，在遭到无理拒绝或不予答复的情况下，向国家著作权行政管理部门提出强制许可使用的请求，经过审批程序，获得行政主管部门的授权，才可以取得强制许可证使用作品。持强制许可证使用他人作品，应当向著作权人支付作品的使用费。

在国际版权公约中，《伯尔尼公约》和《世界版权公约》的现行文本都规定了此项法律制度，我国《著作权法》中没有明确规定作品强制许可使用制度，但我国是上述两个国际公约的缔约国，根据公约的规定，作为发展中国家，我国政府的著作权主管部门享有颁



发强制许可证的权利，批准使用者对外国作品翻译或复制使用。

网络环境下，出现了大量的网络作品，强制许可制度同样适用网络著作权。

5.2.4 网络著作权的默示许可

默示许可，也称默认许可或推定许可，其含义在于即使著作权人没有明说许可某人使用其作品，但是从著作权人的行为可以推定著作权人对某人使用其作品不会表示反对的制度。根据传统著作权法理论，对作品的合理使用以及新闻、公益等目的的使用，均无须经著作权人许可。

这一基本法理，同样适用于网络环境。《信息网络传播权保护条例》第九条规定：“为扶助贫困，通过信息网络向农村地区的公众免费提供中国公民、法人或者其他组织已经发表的种植养殖、防病治病、防灾减灾等与扶助贫困有关的作品和适应基本文化需求的作品，网络服务提供者应当在提供前公告拟提供的作品及其作者、拟支付报酬的标准。自公告之日起 30 日内，著作权人不同意提供的，网络服务提供者不得提供其作品；自公告之日起满 30 日，著作权人没有异议的，网络服务提供者可以提供其作品，并按照公告的标准向著作权人支付报酬。网络服务提供者提供著作权人的作品后，著作权人不同意提供的，网络服务提供者应当立即删除著作权人的作品，并按照公告的标准向著作权人支付提供作品期间的报酬。依照前款规定提供作品的，不得直接或者间接获得经济利益。”同时，此项默示许可使用人也负有采取措施防止服务对象以外的其他人获得著作权人的作品的义务。

5.3 网络著作权侵权行为及法律责任

5.3.1 网络著作权侵权行为概述

1. 网络著作权侵权行为的概念及构成要件

著作权侵权行为，是指未经作者等著作权人或相关邻接权人的许可同意，又无法律上的依据，擅自对著作权作品或其他制品进行利用或以其他非法手段行使著作权或邻接权的行为。

网络著作权侵权行为，是指发生在网络环境中的各种侵害他人著作权的行为，包括未经著作权人许可或无法律依据擅自上传、下载或在网络上以其他不正当的方式行使专由著作权人享有的权利的各种行为。

网络著作权侵权行为的构成要件，是指构成具体侵权行为的各种作为必要条件的因素。作为一般侵权行为，网络著作权侵权行为的构成要件与传统著作权侵权行为的构成要件没有不同，包括损加害行为、损害、加害行为与损害之间的因果关系与行为人主观上有过错四个构成要件，但在各要件的具体表现形式上有不同。

2. 网络著作权侵权行为的表现形式

我国《著作权法》第四十六条列举了应当承担民事责任的十一种形态的侵犯他人著作权或邻接权的侵权行为。这一规定同样适用于网络环境中的著作权侵权行为。

第四十六条 有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任：

- （一）未经著作权人许可，发表其作品的；
- （二）未经合作作者许可，将与他人合作创作的作品当作自己单独创作的作品发表的；
- （三）没有参加创作，为谋取个人名利，在他人作品上署名的；
- （四）歪曲、篡改他人作品的；
- （五）剽窃他人作品的；
- （六）未经著作权人许可，以展览、摄制电影和以类似摄制电影的方法使用作品，或者以改编、翻译、注释等方式使用作品的，本法另有规定的除外；
- （七）使用他人作品，应当支付报酬而未支付的；
- （八）未经电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音录像制品的著作权人或者与著作权有关的权利人许可，出租其作品或者录音录像制品的，本法另有规定的除外；
- （九）未经出版者许可，使用其出版的图书、期刊的版式设计的；
- （十）未经表演者许可，从现场直播或者公开传送其现场表演，或者录制其表演的；
- （十一）其他侵犯著作权以及与著作权有关的权益的行为。

此外，《信息网络传播权保护条例》规定了五种侵害信息网络传播权的侵权行为。

第十八条 违反本条例规定，有下列侵权行为之一的，根据情况承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任；同时损害公共利益的，可以由著作权行政管理部门责令停止侵权行为，没收违法所得，并可处以10万元以下的罚款；情节严重的，著作权行政管理部门可以没收主要用于提供网络服务的计算机等设备；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

- （一）通过信息网络擅自向公众提供他人的作品、表演、录音录像制品的；
- （二）故意避开或者破坏技术措施的；
- （三）故意删除或者改变通过信息网络向公众提供的作品、表演、录音录像制品的权利管理电子信息，或者通过信息网络向公众提供明知或者应知未经权利人许可而被删除或者改变权利管理电子信息的作品、表演、录音录像制品的；
- （四）为扶助贫困通过信息网络向农村地区提供作品、表演、录音录像制品超过规定范围，或者未按照公告的标准支付报酬，或者在权利人不同意提供其作品、表演、录音录像制品后未立即删除的；
- （五）通过信息网络提供他人的作品、表演、录音录像制品，未指明作品、表演、录音录像制品的名称或者作者、表演者、录音录像制作者的姓名（名称），或者未支付报酬，或者未依照本条例规定采取技术措施防止服务对象以外的其他人获得他人的作品、表演、录音录像制品，或者未防止服务对象的复制行为对权利人利益造成实质性损害的。



3. 司法实践中的网络著作权侵权行为

近年来,随着网络技术的不断发展,网络著作权的侵权案件不断增多,与传统的著作权侵权案件相比,网络著作权侵权行为的类型具有独特的网络性特征。从侵权行为的对象来看,可以将侵权行为划分为对网页设计和内容的侵权行为、对网络音乐的侵权行为、对网络数据库的侵权行为等;从侵权行为所采取的技术手段来看,可以将侵权行为分为故意避开或破坏技术保护措施的行为、故意删除或改变权利管理电子信息的侵权行为、超级链接引起的侵权行为等。由于网络产品的不断创新和网络技术的不断发展,上述划分方法只能是一种不完全的罗列。从目前国内大量的网络著作权侵权案件来看,根据网络著作权复制方式的不同,可以将网络著作权的侵权行为划分为以下三种。

1) 未经许可的上传

指网站或网络用户未经著作权人许可并且未向其支付报酬就将传统作品如文学作品、音乐作品、影视作品等上传至网上,侵害著作权人著作权的行为。这是早期网络著作权侵权案件的常见形式。此类侵权行为是对著作权人网络信息传播权的直接侵害,如前述的王蒙等六位作家诉世纪互联通讯技术有限公司案。又如:

华谊兄弟传媒有限公司于2007年拍摄了电影《集结号》,享有该电影的全部著作权及相关权利。随着《集结号》的热映,华谊兄弟发现许多网吧,未经授权,以营利为目的,将影片《集结号》通过局域网服务器的方式进行传播,随即开始吹响了维权的集结号。先是于2008年2月,向北京市东城区人民法院起诉北京瑞得在线松杰上网服务公司,主张被告未经许可,擅自传播《集结号》的行为侵犯了原告的放映权、复制权,构成对原告权利的侵害。此后于2008年4月,向广州60余家网吧发出律师函,并向近30家网吧所在的区法院提起同类诉讼。法院经审理,网吧未经许可将电影通过局域网传播给公众,使公众在个人选定的时间、地点获取该影片,应认定为侵犯了华谊兄弟的信息网络传播权,判决侵权成立并赔偿原告相应损失。

2) 未经许可的下载

指未经许可,将他人拥有著作权的网络作品下载至传统媒体进行利用的行为。这一侵权行为是未经许可的上传侵权行为的反向行为。此类侵权行为一般是对网络作品著作权的侵害。例如:

2002年年初,资深网络营销专家冯英健发现,由中国财政经济出版社出版的署名李某的《网络营销学》一书,大量使用了自己近年来发表于个人网站“网上营销新观察”12篇原创作品,约一万五千字,并且构成了该书的核心内容,而冯英健却事先一点也不知道,该书既没有署其姓名,也未按相关法律规定向其支付任何报酬。于是向北京市第二中级人民法院提起著作权侵权之诉。被告辩称,使用原告作品属合理引用,且在书后参考文献一页中已为原告署名,没有侵犯著作权。经审理,法院认为,我国《著作权法》明确规定,为介绍、评论某一作品或说明某一问题,可以适当引用他人已发表的作品。李某编著的《网络营销学》一书中将原告作品或长段或短段穿插使用在自己的作品之中,与原告

作品相同或基本相同的文字达 15 000 余字，这种使用方式不符合法律规定的“适当引用”的特征，且李某在使用原告作品时没有注明出处及作者姓名。虽然在书后“参考文献”一页中注明了网址，但该网站上有大量信息，笼统地罗列网址不能充分说明作者身份，故不能认定已为作者署名。另外，被告还提出，自己所编著的作品可以引用他人作品。按照我国《著作权法》的规定，编辑作品在创作时仍要取得原作品的著作权人的同意并向其支付报酬，故李某的行为仍然构成侵犯原告著作权。判断两被告侵权成立，分别承担相应的侵权责任。这是我国首例网络作品著作权侵权案。

3) 作品在网络上的转载、复制

此类行为主要表现为网络用户或网站对其他网络用户或网站上的作品的转载、复制等。比如瑞得（集团）公司诉宜宾市翠屏区东方信息服务有限公司网页著作权侵权案中，网页的非法复制行为。再如：

2001 年 10 月新浪网发现搜狐网抄袭其短信频道的手机图片，立即电话通知搜狐并发出书面侵权通知，要求搜狐立即采取措施停止抄袭行为。由于搜狐没有作出任何回应并且未停止其大批量的抄袭行为。2002 年 1 月 24 日，新浪向北京市第二中级人民法院起诉，指控搜狐对新浪手机短信频道的 533 幅手机图片等进行剽窃和抄袭，构成著作权侵权及不正当竞争。而搜狐认为，由于网络知识产权尚没有明确的定义，手机图片谁都没有版权。此案后历时一年经过三次庭审后，北京市第二中级人民法院于 2002 年 12 月 2 日作出一审判决，搜狐被判侵权并应向新浪公开道歉，赔偿新浪经济损失 21 万元。双方对此判决均不服，提起上诉，北京市高级人民法院二审审理后，认为一审判决事实不清、证据不足，于 2003 年 6 月 3 日裁定发回重审。2003 年 12 月 19 日北京第二中级人民法院作出重审判决，认定搜狐构成著作权侵权，判决搜狐不得再使用侵权手机图片，赔偿新浪 211 813 元，并在搜狐首页上连续 24 小时刊登向新浪赔礼道歉的声明。

5.3.2 网络服务提供商的法律责任

由于网络著作权侵权行为实施所依赖的网络环境，网络著作权侵权行为的完成离不开网络服务提供商的直接或间接参与。网络服务提供商即人们通常所说的 ISP（Internet Service Provider）。根据提供服务的不同，ISP 可以划分为许多种类，其中包括通过设立的网站提供信息服务的网络内容提供商 ICP，如新浪网、雅虎网等。在网络著作权侵权案件中，网络服务提供商作为直接侵权人单独或共同实施侵权行为的，应当承担相应的侵权责任；但网络服务提供商仅仅作为网络服务提供者，比如甲将他人享有著作权的作品上传至某网站，供任何人下载时，该网站是否也应承担著作权侵权责任呢？

1. 网络服务提供商侵权行为的认定

网络服务提供商的侵权行为属于一般侵权行为，适用过错归责原则，也就是说，只有在网络服务提供商主观上具有过错时，才构成侵权。网络服务提供商侵权行为认定的关键，在于判断网络服务提供商主观上是否有过错。过错判断的基本标准是看网络服务提供商的



行为是否达到了应当达到的注意程度，没有违反相应的注意义务。

根据我国《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》以及《网络信息传播权保护条例》的相关规定，网络服务提供商的主要注意义务包括以下几种。

1) 一般注意义务

根据侵权法的一般原理，网络服务提供商一般注意义务指的是一个“诚信善良之人”的注意义务。将一个“诚信善良之人”在当时当地及其他同样条件下所达到的注意程度与加害人的注意程度相比较，如果加害人的注意程度达到或者超过了“诚信善良之人”的注意程度，在法律上就不认为加害人存在过错；如果加害人未能达到“诚信善良之人”的注意程度，在法律上就认为加害人存在过错。

2) 提供加害人登录资料的义务

《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第六条规定，提供内容服务的网络服务提供者，对著作权人要求其提供侵权行为人在其网络的注册资料以追究行为人的侵权责任，无正当理由拒绝提供的，人民法院应当根据民法通则第一百零六条的规定，追究其相应的侵权责任。《网络信息传播权保护条例》第二十五条规定，网络服务提供者无正当理由拒绝提供或者拖延提供涉嫌侵权的服务对象的姓名（名称）、联系方式、网络地址等资料的，由著作权行政管理部门予以警告；情节严重的，没收主要用于提供网络服务的计算机等设备。

3) 处理有害信息及通知的义务

根据《网络信息传播权保护条例》第十四条至第十七条的规定，对提供信息存储空间或者提供搜索、链接服务的网络服务提供者，权利人认为其服务所涉及的作品、表演、录音录像制品，侵犯自己的信息网络传播权或者被删除、改变了自己的权利管理电子信息的，可以向该网络服务提供者提交书面通知，要求网络服务提供者删除该作品、表演、录音录像制品，或者断开与该作品、表演、录音录像制品的链接。网络服务提供者接到权利人的通知书后，应当立即删除涉嫌侵权的作品、表演、录音录像制品，或者断开与涉嫌侵权的作品、表演、录音录像制品的链接，并同时将通知书转送提供作品、表演、录音录像制品的服务对象；服务对象网络地址不明、无法转送的，应当将通知书的内容同时在信息网络上公告。

服务对象接到网络服务提供者转送的通知书后，认为其提供的作品、表演、录音录像制品未侵犯他人权利的，可以向网络服务提供者提交书面说明，要求恢复被删除的作品、表演、录音录像制品，或者恢复与被断开的作品、表演、录音录像制品的链接。网络服务提供者接到服务对象的书面说明后，应当立即恢复被删除的作品、表演、录音录像制品，或者可以恢复与被断开的作品、表演、录音录像制品的链接，同时将服务对象的书面说明转送权利人。权利人不得再通知网络服务提供者删除该作品、表演、录音录像制品，或者断开与该作品、表演、录音录像制品的链接。

违反上述义务的，根据《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律

法律若干问题的解释》第五条规定：“提供内容服务的网络服务提供者，明知网络用户通过网络实施侵犯他人著作权的行为，或者经著作权人提出确有证据的警告，但仍不采取移除侵权内容等措施以消除侵权后果的，人民法院应当根据《民法通则》第一百三十条的规定，追究其与该网络用户的共同侵权责任。”

2000年10月，原告刘京胜在网上访问被告搜狐公司开办的搜狐网站时发现，通过点击该网站首页上“文学”栏目下的“小说”，即进入搜索引擎页面。根据页面提示继续点击相关栏目，可在页面上看到其翻译的作品《堂吉珂德》。于是原告刘京胜向北京市第二中级人民法院提起诉讼，称被告在未经许可的情况下，擅自将原告1995年出版的译著《堂吉珂德》以三种版式在网上登出，供人阅读下载，该行为侵害了原告享有的翻译作品著作权。

2000年11月23日，法院开庭审理时刘京胜得知搜狐网站只是链接并非上传其翻译作品后，当庭明确请求搜狐公司立即停止与上传该作品网站的链接，搜狐公司仍以法律并未规定链接是侵权为由，再次拒绝了刘京胜的请求。11月30日，搜狐公司的代理律师向法院提交了一份“说明”，表示搜狐公司决定停止对前述网站的链接。

北京市第二中级人民法院认为：本案争议焦点是网站通过搜索引擎与其他网站发生链接，在法律上属于什么性质的行为。某个网站设置通向另一个网站的链接，用户通过点击设链网站上的链接标志，访问另一网站。设链者就像为别人指路一样，其服务器只存储了包含链接对象网址的超文本语言指令组成的文档，既没有复制被链接的内容，也没有传播被链接的内容。所以，普通链接既不侵犯被链作品的复制权，也不侵犯其信息网络传播权。但是设置链接者的著作权侵权责任风险来自两个方面：一方面是设链者自身行为是否构成侵权；另一方面是设链者是否要为被链者的侵权行为承担责任。

但是，本案中被告搜狐公司收到起诉后，明知自己网站与侵权网站的链接侵害了刘京胜的合法权益，本应及时断开链接以避免侵权结果扩大，搜狐公司却不采取这种正当措施。特别是开庭审理时，刘京胜已经明确要求其断开链接，搜狐公司仍予拒绝，又延迟7天后才断开。搜狐公司这种漠视权利人的合法权益遭受侵害的行为，致使侵权状态得以延续，扩大了侵权结果，起到了帮助侵权人实施侵权的作用。判决：被告搜狐公司书面向原告赔礼道歉并赔偿原告刘京胜3000元。宣判后，双方当事人均未提起上诉，一审判决发生法律效力。

2. 网络服务提供者责任的限制

基于网络服务提供者对侵权信息及行为的控制力，要求网络服务提供者在一定范围内承担侵权责任是合理的。但应当对其责任作出限制，以避免影响网络服务者的正常服务提供或因顾虑责任的承担而拒绝提供服务，从而影响社会公众利用网络的利益实现。根据《信息网络传播权保护条例》的规定，下列情况下，网络服务提供者不承担侵权责任。

（1）网络服务提供者根据服务对象的指令提供网络自动接入服务，或者对服务对象提供的作品、表演、录音录像制品提供自动传输服务，并具备下列条件的，不承担赔偿责任：

① 未选择并且未改变所传输的作品、表演、录音录像制品。

② 向指定的服务对象提供该作品、表演、录音录像制品，并防止指定的服务对象以外的其他人获得。



(2) 网络服务提供者为了提高网络传输效率,自动存储从其他网络服务提供者获得的作品、表演、录音录像制品,根据技术安排自动向服务对象提供,并具备下列条件的,不承担赔偿责任:

① 未改变自动存储的作品、表演、录音录像制品。

② 不影响提供作品、表演、录音录像制品的原网络服务提供者掌握服务对象获取该作品、表演、录音录像制品的情况。

③ 在原网络服务提供者修改、删除或者屏蔽该作品、表演、录音录像制品时,根据技术安排自动予以修改、删除或者屏蔽。

(3) 网络服务提供者服务对象提供信息存储空间,供服务对象通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品,并具备下列条件的,不承担赔偿责任:

① 明确标示该信息存储空间是为服务对象所提供,并公开网络服务提供者的名称、联系人、网络地址。

② 未改变服务对象所提供的作品、表演、录音录像制品。

③ 不知道也没有合理的理由应当知道服务对象提供的作品、表演、录音录像制品侵权。

④ 未从服务对象提供作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益。

⑤ 在接到权利人的通知书后,根据本条例规定删除权利人认为侵权的作品、表演、录音录像制品。

(4) 网络服务提供者服务对象提供搜索或者链接服务,在接到权利人的通知书后,根据本条例规定断开与侵权的作品、表演、录音录像制品的链接的,不承担赔偿责任;但是,明知或者应知所链接的作品、表演、录音录像制品侵权的,应当承担共同侵权责任。

(5) 因权利人的通知导致网络服务提供者错误删除作品、表演、录音录像制品,或者错误断开与作品、表演、录音录像制品的链接,给服务对象造成损失的,网络服务提供者不承担赔偿责任,应当由权利人承担赔偿责任。

5.3.3 网络著作权的侵权责任

1. 民事责任

结合我国《著作权法》的相关规定,侵犯网络著作权的行为承担民事责任的方式主要有四种。

(1) 停止侵害:针对正在实施的侵犯他人网络著作权的行为,相关的著作权人有权要求侵权人停止侵权行为的责任方式,以防止侵权损害后果的进一步扩大。

(2) 消除影响:网络著作权被侵害后,相关权利人有权依法自行要求或者诉请人民法院责令侵权行为人在一定范围内澄清事实,以消除人们因侵权行为所导致的对被侵权人及其作品或制品的不良影响。

(3) 赔礼道歉:网络著作权被侵害后,相关权利人有权依法自行要求或诉请人民法院责令侵权行为人公开承认错误,在适当的场合通过特定的方式向被侵权人表示歉意,以取得谅解的责任方式。

（4）赔偿损失：网络著作权被侵害并导致相关权利人的财产遭受损失时，该相关权利人有权依法自行要求或诉请人民法院裁决判令侵权行为人支付与侵权损失数额相当的金钱以补偿损失的责任形式。

2. 行政责任

我国《著作权法》规定了以下几种侵犯著作权行为者的行政责任形式：责令停止侵权行为；没收违法所得；没收、销毁侵权复制品、罚款、没收侵权制假物资、设备。有权实施行政处罚权的部门是中央和地方的著作权行政管理部门。

此外，《信息网络传播权保护条例》第二十五条规定，网络服务提供者无正当理由拒绝提供或者拖延提供涉嫌侵权的服务对象的姓名（名称）、联系方式、网络地址等资料的，由著作权行政管理部门予以警告；情节严重的，没收主要用于提供网络服务的计算机等设备。

3. 刑事责任

1997年《刑法》规定了侵犯著作权罪，指以营利为目的，侵犯他人著作权，违法所得数额较大或者有其他严重情节的行为。《刑法》第二百一十七条规定了四种侵犯著作权的行为。

（1）未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的。

（2）出版他人享有专有出版权的图书的。

（3）未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的。

（4）制作、出售假冒他人署名的美术作品的。

侵犯著作权罪的构成要件有两个：一是行为人主观上以营利为目的。行为人是否为牟取非法利益而侵害他人著作权，是区分罪与非立脚罪的界限之一；二是客观上要求违法者所涉违法数额较大或其他情节严重。

构成侵犯著作权罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，可并处或单处罚金；对于违法所得数额巨大或者有其他特别严重犯罪情节的，可判处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。对于单位犯本罪的，可对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员或直接责任人，追究刑事责任。

涉嫌侵犯著作权的嫌疑人杨某系北京金互动公司负责人，打着文化部旗号，自称与中国电信、中国网通等是战略合作伙伴，伪装成中外著作权人向各地网站出售虚假影视节目授权。自2000年成立以来，先后向国内多家网站提供影片，供这些网站在线播映及网络传播，涉案金额达两千余万元人民币，涉嫌侵犯包括中国（含香港、台湾地区）、美国、日本、韩国等十几个国家和地区的数百家电影著作权人的数千种电影作品的著作权。此案是全国第一例网络侵犯影视作品著作权的刑事案件，从涉案金额、涉及著作权人数量上看都是全国最高的。



本章小结

随着信息网络技术的不断发展,作品的传播和利用越来越便利,但网络著作权引起的纠纷也急剧增多,需要通过法律手段来保护网络著作权。网络著作权是著作权人对受著作权法保护的作品在网络环境下所享有的著作权权利,是传统著作权在网络环境中的延伸。我国已初步建立了保护网络著作权的法律体系。

著作权的保护客体是作品,作品在网络环境中表现为数字化作品和网络作品。数字化作品是传统作品的数字化形式,网络作品是直接以数字化形式创作的作品,网络作品包括多媒体作品、网络数据库等。数字化作品的著作权由原作品的著作权人享有,网络作品的著作权由该作品的作者享有。

网络著作权的内容包括著作人身权与著作财产权,著作人身权是著作权人基于创作所享有的各种与人身相联系而无直接财产内容的权利,包括发表权、署名权、修改权和保护作品完整权;著作财产权是指著作权人自己使用或者授权他人以一定方式使用作品而获取物质利益的权利,包括复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、摄制权、改编权、翻译权、汇编权、其他著作财产权等,其中复制权、发行权和信息网络传播权是网络著作权的重要内容。信息网络传播权是我国2001年修订《著作权法》时新增列的一项著作财产权,2006年国务院颁布的《信息网络传播权保护条例》对这一权利的保护制定了具体的保护办法,其中技术措施和权利管理电子信息是两项重要的保护措施。

网络著作权在获得保护的同时,也受到一定的限制。合理使用是指在法定情形出现的情况下,任何人可在法律规定的限度内,自由使用享有著作权的作品,而不必征得著作权人的同意,也不必向其支付使用报酬的法律制度。法定许可使用是指依《著作权法》的规定,使用者在利用他人已经发表的作品时,可以不经著作权人的许可,但应向其支付报酬,并尊重著作权人其他权利的制度。强制许可使用是指基于某种正当的理由,需要使用他人已经发表的作品时,经准备使用他人作品的人申请,著作权行政管理部门授权批准,即可使用该作品,无需征得该作品著作权人的许可,但应当向其支付使用报酬的法律制度。默示许可,也称默认许可或推定许可,其含义在于即使著作权人没有明说许可某人使用其作品,但是从著作权人的行为可以推定著作权人对某人使用其作品不会表示反对的制度。

网络著作权的侵权行为,适用过错责任原则。网络服务提供商的侵权行为,根据网络服务提供商是否达到所应达到的注意义务来认定,同时,符合法律规定的情形免除网络服务提供者的责任。网络著作权的侵权责任包括民事责任、行政责任和刑事责任。

案例分析

2009年2月,北京市东城区人民法院受理了原告湖南快乐阳光互动娱乐传媒有限公司诉被告普信通(北京)科技有限公司侵犯著作权纠纷案。原告诉称,其独家享有电视剧《丑女无敌》的信息网络传播权,被告未经许可,在其经营的“爆米花网”向公众提供《丑女无敌》在线播放服务,侵犯了原告的权利。被告辩称,“爆米花网”系向用户提供存储空

间服务的网站，上传涉案电视剧的行为并非本公司实施；注册用户在上传文件过程中，网站在《用户协议》中明确要求不得将侵犯他人著作权的内容上传，同时，“爆米花网”通过技术手段、人工审查、行业监控库对接等多种方式防止侵犯著作权的作品上传，公司在网站存储文件数量巨大的情况下，对网友上传的涉案电视剧的著作权权属情况已尽到了合理注意义务。

案例讨论题：

1. 结合本案讨论网络环境下著作权的内容。
2. 本案中被告的行为是否尽到合理的注意义务？
3. 本案中被告的行为是否构成侵权？为什么？

思 考 题

1. 简述网络著作权的概念。
2. 简述我国网络著作权的相关立法。
3. 网络著作权保护的客体有哪些？
4. 简述技术措施和权利管理电子信息含义。
4. 网络著作权的合理使用有哪些情形？
5. 如何理解网络著作权的默示许可？
6. 简述网络著作权侵权行为的概念及构成要件。
7. 如何界定网络服务提供商的法律责任？
8. 网络著作权侵权责任的类型有哪些？

第 6 章 域名法律问题

【学习目标】

- 掌握域名的概念、功能和法律特征；
- 掌握我国域名管理的相关法律规定；
- 理解域名的商业价值、域名的恶意抢注及域名争议的解决；
- 了解域名与商标、域名与企业名称、因域名引起的不正当竞争等知识。

6.1 域名概述

6.1.1 域名的概念、功能和法律特征

1. 域名的概念

网络是基于 TCP/IP 协议进行通信和连接的，每一台主机都有一个唯一的标志固定的 IP 地址，以区别网络上的成千上万个用户和计算机。网络在区分所有与之相连的网络和主机时，均采用了一种唯一、通用的地址格式，即每一个与网络相连接的网络和主机都被指派了一个独一无二的地址。为了保证网络上每台计算机的 IP 地址的唯一性，用户必须向特定机构申请注册，该机构根据用户单位的网络规模和近期发展计划，分配 IP 地址。网络中的地址方案分为两套：IP 地址系统和域名地址系统。这两套地址系统其实是一一对应的关系。IP 地址用二进制数来表示，每个 IP 地址长 32 比特，由 4 个小于 256 的数字组成，数字之间用点间隔，如 166.111.1.11 表示一个 IP 地址。由于 IP 地址是数字标志，使用时难以记忆和书写，因此在 IP 地址的基础上又发展出一种符号化的地址方案来代替数字型的 IP 地址。每一个符号化的地址都与特定的 IP 地址对应，这样网络上的资源访问起来就容易多了。这个与网络上的数字型 IP 地址相对应的字符型地址，就被称为域名。

2004 年 12 月 20 日起信息产业部新颁布施行的《中国互联网络域名管理办法》指出：“域名是互联网络上识别和定位计算机的层次结构式的字符标志，与该计算机的互联网协议（IP）地址相对应。中文域名是指含有中文文字的域名。”美国《反域名抢注消费者保护法》对域名的定义是：“域名是指由任何域名注册员、域名登记机构或其他域名注册管理机构注册或分配的任何包括文字与数字的名称，作为互联网上电子地址的一部分。”互联网国际特设委员会（IAHC）在其发布的备忘录中称：“域名系统是专为网络中的计算机定位而设计的便于人们记忆 IP 地址的友好名称。”

域名是从 IP 地址发展而来。一个公司如果希望在网上建立自己的主页，就必须取得一个域名。域名是由若干个英文字母和数字组成的，各部分之间用小数点分开。现阶段，

已经开发出了中文域名系统。在全世界，没有重复的域名。

2. 域名的功能

域名主要有两个方面的功能。

（1）技术功能。它是指通过域名，用户可以访问到域名使用者的网站，这个时候域名相当于网络上的地址。例如，中国教育网的IP地址是202.205.10.2，而域名是www.edu.cn，用户无需记住IP地址，通过域名就可以直接访问中国教育网。

（2）标志功能。域名使用者可以将自己和其他人更显著地区分开来，这个时候域名相当于域名注册人在网上的特定标志。例如，一般人看到202.205.10.2，很难确定这是哪个网站的IP地址，而看到www.edu.cn，很容易就辨认出这是中国教育网的网址。北京市高级人民法院更是明确地指出域名的这两个功能：“域名是互联网上用户在网络中的名称和地址。域名具有技术性和标志性两方面的功能。技术功能是指域名注册人在网络上的地址；识别功能是指域名注册人在互联网上代表自己的标志。”

3. 域名的法律特征

域名作为一种字符的创意设计和构思组合，具有如下法律特征。

（1）标志性。域名产生的基础是为了区分各个不同组织和机构。正如人以自己的名字来相互识别一样，在互联网上不同的组织和机构是以不同的域名来标志自身而相互区别的。

（2）唯一性。域名在全球范围内独一无二，这也是域名标志性的保障。

（3）排他性。由于互联网覆盖全球，适用范围的广泛性决定了域名必须具有绝对的排他性。这也是域名唯一性的进一步延伸。一经注册，只要互联网存在，域名所有人不放弃域名并且该域名不被撤销，其他人便休想染指。

（4）转让性。域名不能够被许可使用，而只能转让。

（5）国际性。网络“无国界”的特性使域名也具有天然的不受地域限制的特征。

（6）依附性。域名只能应用于互联网上，有可能随着其物质载体的消失而消失。

那么，域名是否能够构成一项新的权利，有法律给予专门的保护呢？这是一个非常值得探讨的问题。学者所持的观点主要有以下几种：域名作为企业在网络空间的标志，不仅具有无形资产的属性，而且具有一般的电话号码等标志所不具有的知识产权的属性，是传统意义上的知识产权在电子空间的自然延伸；域名是一种可以集商号与商标于一身的全新的知识产权客体；域名是与传统知识产权有关却又没有必然联系的一种全新的权利客体，是一种区别于创造性成果权的识别性标记权，属于较宽泛意义上的知识产权；域名不享有权利，因为法律尚未对其作出专门性规定。

域名最终是否能够成为一项权利制度，是现代科学技术飞速发展法律带来的课题之一。无论是世界知识产权组织（WIPO），还是中国互联网信息中心（CNNIC），都承认域名具备类似于商标的价值，域名是“企业在互联网上的商标”。域名的商业价值使域名成为一项知识产权体系中的全新权利具有一定的合理性。因此，域名应受知识产权相关法律法规的调整。



6.1.2 域名的结构

域名是按照等级组成的,可以被分为顶级域名、二级域名、三级域名等。域名由两个或两个以上的词构成,中间由点号分隔开,最右边的那个词称为顶级域名。

顶级域名是用以识别域名所属类别、应用范围、注册国(或地区)等公用信息的代码。它包括三种不同意义的代码。

① 国家(或地区)代码顶级域名,如“.cn”代表中国,“.us”代表美国,“.mx”代表墨西哥。

② 专用顶级域名(或称保留顶级域名),如“.mil”代表军事机构,“.edu”代表教育机构,“.gov”代表政府机构。任何不属于此类机构者,均不得在相应的专用顶级域名下注册自己的域名。

③ 通用顶级域名,指来自任何国家(或地区)的任何人均可自由使用的顶级域名,如“.com”代表商业实体,“.org”代表非营利性组织,“.net”代表网络服务者。

2000年11月,ICANN又增加了7个顶级域名:“.aero”代表航空组织,“.biz”代表商业组织,“.coop”代表商业合作组织,“.info”向企业和个人开放,用于提供各种信息,“.museum”代表博物馆等教科文组织,“.name”代表个人姓名,“.pro”代表职业。

二级域名就是顶级域名下的那一级域名。国际顶级域名之下的二级域名是指由域名使用者自己设计的,能够体现使用者的特殊性,并据以同其他人的域名相区别的字符串。例如“yahoo.com”中,“yahoo”就是二级域名。而在国家(或地区)顶级域名之下的二级域名只能是表示注册人类别和功能的域名,表示特定域名使用者网上名称部分的只能在三级或三级以下的域名中出现。例如,清华大学的域名是“tsinghua.edu.cn”,其中cn是顶级域名,edu是二级域名,代表教育机构,三级域名才是tsinghua,代表清华大学。

6.1.3 域名的商业价值

域名是互联网上最基础的东西,也是一个稀有的全球性资源。域名具有重要的价值,是由其基本属性决定的。首先,域名是一种有限的资源。有些域名因为太长、难记、复杂而没有任何实际价值。其次,域名具有专属性和唯一性。这一点和商标的规定是不同的,不同的行业、不同的企业可拥有相同的商标,而域名则具有专属性和唯一性,一个域名不能同时为两家企业所共有。以商标“GreatWall”(长城)为例,在我国有上千家企业都以“长城”作为商标名或企业名,资产上亿的知名企业有长城工业公司、长城计算机公司、长城铝业公司、长城葡萄酒公司等数十家,但域名“greatwall.com.cn”为长城计算机公司所拥有,其他公司只能用别的域名。

域名的商业价值还体现在其品牌价值上。好的域名在做品牌宣传时,将起到事半功倍的作用。好的域名可以让消费者深刻难忘,并可马上联想到这个公司,以及公司早已树立的形象。

从技术上讲,域名只是互联网中用于解决地址对应问题的一种方法,可以说只是一个技术名词。但是,由于互联网已经成为全世界人的互联网,域名也自然地成为了一个社会

科学名词。从社会科学的角度看，域名已成为了互联网文化的组成部分。从商界看，域名已被誉为“企业的网上商标”。没有一家企业不重视自己产品的标志——商标，而域名的重要性及其价值，也已经被全世界的企业所认识。

域名虽然与公司、商标、产品名称没有直接的联系，一个企业可以给自己注册一个与自己毫无联系的域名，但由于域名在互联网上是唯一的，一个域名一经注册，其他任何机构就不能再注册相同的域名。所以企业大都以自己名称的缩写或商标来注册自己的域名，这样便于别人认识自己，消费者或者其他人在网上查找该组织也会很方便。于是，域名实际上就与企业名称、产品商标或其他标志物有了很相似的意义，因此，有人将域名地址又称为“网络商标”，认为域名是传统意义上的知识产权如商标或商号等在电子空间的延伸。除了便于识别以外，一个企业的域名根据其商号或者商标进行命名，还能够成为提高企业或者产品知名度的一种手段。因为商业实体在互联网上注册域名和设立网址，可以被全世界众多的用户随时访问、查询，如果域名能够使访问的用户联想到某企业名称或者某一商品，这无异于在给商家或商品做广告。

因此，在商业竞争激烈的时代，域名不仅仅是一个网络地址，而且还牵涉到许多至关重要的商业机会。直接根据企业的商号或者产品商标来命名域名，是企业做广告最理想的方式。据报道，如今在美国每5秒钟就有一个域名注册，各大公司毫无例外全部都注册了自己的域名，可见域名在国际电子商务活动中受重视的程度以及其发展的迅速。也正因为如此，许多企业不惜重金买回被别人抢注的域名。这足以说明域名的商业价值，并且这种商业价值正引起商业活动者的极大关注。

6.1.4 域名与商标

1. 域名与商标的联系

虽然域名具有与传统意义上的商标不同的技术特征，但是在申请商标注册时域名必须服从于一般的商标注册审查规则，因此，域名与商标有着相互关联的一面。具体表现在以下三个方面。

（1）申请商标注册的域名不得违反商标法的禁用规定。根据《巴黎公约》第六条第三款的规定，政府标志、政府间国际组织的标志及其他官方标记不得作为商标使用。此外，欺骗公众或违反公认的道德标准的标志不得作为商标使用。因此，如果申请商标注册的域名包含了上述禁用标志，就不能获得商标注册。

（2）申请商标注册的域名必须具有显著性，便于识别。一般认为，顶级域名（包括国际顶级域名和国家地区顶级域名）及表示域名注册人类别的二级域名（例如我国的“.edu.”和“.ac.”等）属于通用标志，不能作为独立的商标注册，即使与表示域名注册人网上名称的特定低级域名相结合获得了商标注册（比如 Linestar.com.cn），该商标注册人对这些通用标志也不享有专有权。假定“Linestar.com.cn”的域名注册人申请商标注册，商标局在审查过程中就会要求该申请人删除该商标的“.com.cn”部分或放弃对该部分的专用权，如果该申请人拒绝这一要求，这一商标就不会获得商标注册。虽然域名是一长串字符，但是域名注册人最希望获得商标注册保护的并不是上述表示顶级域名或分类域名的



通用标志，而是自己选择作为二级或三级域名的“网上名称”。

(3) 申请商标注册的域名必须按照其所表示的产品或服务的类别进行注册。域名注册人要将域名申请注册为商标，就必须证明该域名被用来标志特定的通过网络提供的产品或服务的来源。仅仅在网络上注册某个域名并不足以证明该域名是被作为商标使用的，因为商标是标志产品或服务的来源，区分同类的商品或服务的标志。如果某个域名只是被用作用户访问域名注册人网站的参照路径，即仅仅作为域名注册人的网上地址而存在，类似于域名注册人的电话号码、经营地址、名片或广告，那么它就不是用来标示产品或服务的来源，也就不能被注册为商标。

2. 域名与商标的区别

域名与商标是有区别的。区别主要表现在以下六个方面。

(1) 在形式上，域名不直接用于商品或服务，而商标则是附着于商品或服务的，并且商标的注册是按商品或服务的类别分别进行的，即同一个文字商标可能被不同的企业使用，只要他们经营的商品或服务属于不同的类别；而域名则不同，在同一个.com 上绝不可能允许两个完全相同的字符出现，即使他们经营的商品或服务相去甚远。

(2) 在注册方面，按目前通行的规则，域名注册管理机构除遵循“在先原则”、“唯一性原则”，并不承担检索责任；但商标管理机构除遵循在先原则及显著性原则外，也要承担一定的检索责任。

(3) 在作用上，域名只是区别主页提供者，从技术角度来讲，组成域名的字符只要稍有不同，如“microsoft.com”和“micros0ft.com”虽只有一字之差，但对计算机而言，是很容易识别的。而商标的作用则是区分产品或服务的来源，并且对相同或相似的商品（包括服务）不允许出现相同或相似的商标，以免误导消费者，也防止企业搭便车，搞不正当竞争。

(4) 从组成上来讲，商标可以是文字，也可以是图形，还可以是两者的组合，有些国家承认立体商标、音乐商标、气味商标；而域名则只能是文字，且目前仅限于英文字母、数字及符号组合。

(5) 从地域角度讲，域名具有全球性，互联网最显著的特点就是没有国家、民族的界限，域名一旦获得，即可在全球使用；而商标作为传统的知识产权具有地域性，除世界驰名商标外，商标的使用是受地域限制的。

(6) 域名非经正式注册不能在互联网中使用，而商标注册与否在我国采取自愿原则，未注册商标照样可以使用，只是不受《商标法》保护而已。

可见，域名不是商标，因而域名使用引起的问题也就难以在《商标法》的范围内得到完全解决。

6.1.5 域名与企业名称

域名和企业名称都可用以区分不同的公司或企业，具有一定的标志性和排他性，并且从理论上讲这种标志性和排他性都是无限期的。另外，一般来讲域名和企业名称都以注册或登记为前提，这是他们的共同之处。不同之处在于，目前域名与我国企业名称法律制度

存在着冲突。

1. 域名注册与企业名称注册制度的冲突

我国的域名注册管理单位对申请域名注册人所选用的域名是否与他人的企业名称冲突并不进行审查。1997年《中国互联网络域名注册暂行管理办法》第二十三条规定，各级域名管理单位不负责向国家工商行政管理部门查询用户域名是否与企业名称冲突，是否损害了第三者的权益。而在《中国互联网络域名注册暂行管理办法》域名的命名原则之五中要求申请者不得将他人已在中国注册过的企业名称注册为域名。然而，遇到申请者将他人已注册的企业名称注册为域名时，企业名称的法律体系中并没有将保护范围拓展到域名领域，而目前的域名注册管理办法中规定，当此类情况发生时，域名注册管理单位并不负责裁决，更不会主动对该域名注销。于是，当域名与他人企业名称冲突时，便出现了法律“空白”。那么，受损害的企业名称权所有人只好通过法律诉讼程序寻求救济。而且侵害人不管是否为主观故意，均只停止侵害，不再使用该域名，根据法院判决，域名注册管理机构撤销其注册的域名。

我国现有的域名与企业名称法律制度的“空白”，对受损害人没有赔偿，也对侵害人没有相应的法律制裁，因此让别有用心的人乘机大量抢注域名，而且这种抢注愈演愈烈。面对这种现状，有远见的商家只能加强自我保护，及时将自己的企业名称注册为域名，以防止他人“搭车”借名，甚至恶意抢注以索取高额赎金等行为的发生。

根据我国《企业名称登记管理规定》第八条和第九条第三款的规定，企业名称应当使用汉字，不得包含汉语拼音字母（外文名称中使用的除外）和数字。根据《企业名称登记管理规定》第十五条规定，外商投资企业、有对外业务的企业，具备企业法人条件，经登记主管机关核准，可以使用外文名称，但应当与中文名称相一致，即由字号、行业或经营特点、组织形式三部分依次组成。而域名中企业名称是以英文缩写组成，就很难与现实名称对应，这不仅为抢注者提供了可乘之机，也为司法部门判定域名是否采用了在中国已注册的企业名称造成了困难。

2. 域名的全球性与企业名称的地域性冲突

我国《企业名称登记管理规定》中规定，企业名称登记是在一定区域内享有专用权，也就是说，申请登记的名称只要不与本区域内其他企业名称相冲突，由县级以上登记主管机关核准即可。企业名称的地域性应当说是在知识产权领域中被限定得最窄的一种，它远不如专利权、商标权那样在全国范围内享有专有权。然而，域名是在网络空间获得的支配权，是没有地域性限制的，所以域名的全球性带来长期建立在地域性基础上的全国对企业名称保护的冲突问题和适用问题。当某个域名与本地区的企业名称相同时，势必误导网民认为该域名标志的网站与现实该企业为同一商家。另外，随着电子商务的发展，现实企业上网交易会越来越多，现实企业名称狭窄的地域性可能会在全球产生众多的重名商号，域名的全球性使得众多的重名商号只有一家以原来企业名称注册域名，这就排斥了其他众多在全球重名的商号以原来企业名称作为域名的可能性，由此使得原来企业历经数年沉淀的无形资产，代表商家市场信誉的标志在网上将一文不值，一切从零开始。长期以来知识产权的地域性与域名国际性的冲突给商家带来的无形资产损失，不能不引起人们的关注。



在电子商务中,现行的企业名称和域名的法律制度应当是加强商家知识产权的保护,而不是相互抵触和削弱。因此,这一指导思想实现,有赖于对现行法律的修订和补充。

3. 域名的唯一性与企业名称的行业性冲突

域名的唯一性是指域名的管理体系将网络的每一台主机都赋予了一个唯一的地址编码,而该主机唯一的地址编码的外部代码(即域名)也是唯一的。域名的唯一性决定了通过一台网络终端输入域名后,就能找到该域名代表的网络主页。因此,域名对应众多存放于主机中的主页,其所指向的主页是唯一的。

企业名称是现实社会商家的标志,域名是网络虚拟社会的商家标志,两者功能一样,但在两个环境下,目前我国是由两个法律体系给予保护。域名是由《中国互联网络域名注册暂行管理办法》调整,该办法仅针对互联网域名的登记、注册、审批进行了规范,保证域名在网络环境下的唯一性,并未兼顾域名与现实社会企业名称权的一致性。正是由于域名的这一特性,使得传统企业名称狭窄的地域性与其产生了冲突。在不同的区域注册的多个相同企业名称相安无事的局面,在网络世界中将变成不同行业相同商号权利人就同一域名的激烈争夺。谁抢先注册了域名,谁就排斥了享有相同厂商号名称的任何人再注册相同域名的机会。

6.2 我国域名管理的法律规定

现行的在域名管理方面依据的主要法律是2004年11月5日公布、2004年12月20日起施行的《中国互联网络域名管理办法》,同时废止2002年8月1日公布、自2002年9月30日起施行的《中国互联网络域名管理办法》。

6.2.1 域名管理机构

根据《中国互联网络域名管理办法》,中华人民共和国信息产业部负责域名的管理工作。其主要职责是:制定互联网络域名管理的规章及政策;制定国家(或地区)顶级域名CN和中文域名体系;管理在中华人民共和国境内设置并运行域名服务器(含镜像服务器)的域名服务器运行机构;管理在中华人民共和国境内设立的域名注册管理机构和域名注册服务机构;监督管理域名注册活动;负责与域名有关的国际协调。

在中华人民共和国境内设立域名注册管理机构和域名注册服务机构,应当经信息产业部批准。

1. 域名注册管理机构

根据《中国互联网络域名管理办法》,域名注册管理机构是指承担顶级域名系统的运行、维护和管理工作的机构。

申请成为域名注册管理机构,应当具备以下条件:

(1) 在中华人民共和国境内设置顶级域名服务器(不含镜像服务器),且相应的顶级域名符合国际互联网域名体系和我国互联网域名体系;

- (2) 有与从事域名注册有关活动相适应的资金和专业人员；
- (3) 有从事互联网域名等相关服务的良好业绩和运营经验；
- (4) 有为用户提供长期服务的信誉或者能力；
- (5) 有业务发展计划和相关技术方案；
- (6) 有健全的域名注册服务监督机制和网络与信息安全保障措施；
- (7) 符合国家其他有关规定。

申请成为域名注册管理机构的，应当向信息产业部提交下列材料：

- (1) 有关资金和人员的说明材料；
- (2) 对境内的顶级域名服务器实施有效管理的证明材料；
- (3) 证明申请人信誉的材料；
- (4) 业务发展计划及相关技术方案；
- (5) 域名注册服务监督机制和网络与信息安全技术保障措施；
- (6) 拟与域名注册服务机构签署的协议范本；
- (7) 法定代表人签署的遵守国家有关法律、政策和我国域名体系的承诺书。

域名注册管理机构应当自觉遵守国家相关的法律、行政法规和规章，保证域名系统安全、可靠地运行，公平、合理地为域名注册服务机构提供安全、方便的域名服务。无正当理由，域名注册管理机构不得擅自中断域名注册服务机构的域名注册服务。

2. 域名注册服务机构

根据《中国互联网络域名管理办法》，域名注册服务机构是指受理域名注册申请，直接完成域名在国内顶级域名数据库中注册，直接或间接完成域名在国外顶级域名数据库中注册的机构。

从事域名注册服务活动，应当具备下列条件：

- (1) 是依法设立的企业法人或事业法人；
- (2) 注册资金不得少于人民币 100 万元，在中华人民共和国境内设置有域名注册服务系统，且有专门从事域名注册服务的技术人员和客户服务人员；
- (3) 有为用户提供长期服务的信誉或者能力；
- (4) 有业务发展计划及相关技术方案；
- (5) 有健全的网络与信息安全保障措施；
- (6) 有健全的域名注册服务退出机制；
- (7) 符合国家其他有关规定。

申请成为域名注册服务机构，应当向信息产业部提交以下书面材料：

- (1) 法人资格证明；
- (2) 拟提供注册服务的域名项目及技术人员、客户服务人员的情况说明；
- (3) 与相关域名注册管理机构或境外的域名注册服务机构签订的合作意向书或协议；
- (4) 用户服务协议范本；
- (5) 业务发展计划及相关技术方案；
- (6) 网络与信息安全技术保障措施的证明；
- (7) 证明申请人信誉的有关材料；



(8) 法定代表人签署的遵守国家有关法律、政策的承诺书。

域名注册服务机构应当自觉遵守国家相关法律、行政法规和规章,公平、合理地为用户提供域名注册服务。域名注册服务机构不得采用欺诈、胁迫等不正当的手段要求用户注册域名。

信息产业部应当加强对域名注册管理机构和域名注册服务机构的监督检查,纠正监督检查过程中发现的违法行为。

6.2.2 域名的注册与审批

1. 域名注册申请

(1) 申请域名注册的必备条件:

① 域名注册申请人必须是依法登记并且能够独立承担民事责任的组织,不是独立法人的单位和个人不能申请注册域名;

② 申请注册的域名符合《中国互联网络域名管理办法》的各项规定;

③ 其主域名服务器在中国境内运行,并对其域名提供连续服务;

④ 指定该域名的管理联系人和技术联系人各一名,分别负责该级域名服务器的管理和运行工作。

(2) 申请域名注册应提交的资料。域名注册申请者应当提交真实、准确、完整的域名注册信息,并与域名注册服务机构签订用户注册协议。域名注册完成后,域名注册申请者即成为其注册域名的持有者。域名持有者应当遵守国家有关互联网络的法律、行政法规和规章。因持有或使用域名而侵害他人合法权益的责任,由域名持有者承担。

申请域名注册应提交的具体资料有:域名注册申请表、本单位介绍信、承办人身份证复印件、本单位依法登记的复印件。

(3) 域名注册申请表。域名注册申请表至少应当包含以下内容:单位名称(包括中文名称、英文和汉语拼音全称及缩写),单位所在地,单位负责人,域名管理联系人和技术联系人,承办人,通信地址,联系电话,电子邮件地址,主、辅域名服务器的机器名和所在地,网络地址,机型和操作系统,拟申请的注册域名、理由和用途,以及其他事项。

申请人的名称要与印章、有关证明文件一致。可以用电子邮件、传真、邮寄等方式提出注册申请,随后在30日内以其他方式提交所需的内部文件,其申请时间以收到第一次注册申请的日期为准。如果在30日内未收到所需全部文件,则该次申请自动失效。

(4) 域名申请人的权利与义务。

① 申请人权利。申请人有选择上一级域名的权利。在类别域名下申请域名的单位,应当根据其单位的性质在相应的二级域名下申请注册域名。申请域名注册的,必须向上一级域名管理单位提出申请。

② 申请人责任与义务。申请人必须遵守我国对互联网络的有关法规;申请人对自己选择的域名负责;申请人应当保证其申请文件内容的真实性,并且在申请人了解的范围内,保证其选定的域名的注册不侵害任何第三方的利益;申请人应当保证此域名的注册不是为

了任何非法目的。

在申请被批准以后，申请人就成为该注册域名的管理单位，必须遵照本办法对该域名进行管理和运行。

（5）域名注册的限制性规定。任何组织或个人注册和使用的域名，不得含有下列内容：

- ① 反对宪法所确定的基本原则的；
- ② 危害国家安全，泄露国家秘密，颠覆国家政权，破坏国家统一的；
- ③ 损害国家荣誉和利益的；
- ④ 煽动民族仇恨、民族歧视，破坏民族团结的；
- ⑤ 破坏国家宗教政策，宣扬邪教和封建迷信的；
- ⑥ 散布谣言，扰乱社会秩序，破坏社会稳定的；
- ⑦ 散布淫秽、色情、赌博、暴力、凶杀、恐怖或者教唆犯罪的；
- ⑧ 侮辱或者诽谤他人，侵害他人合法权益的；
- ⑨ 含有法律、行政法规禁止的其他内容的。

2. 域名注册审批

（1）按照“先申请先注册”的原则受理域名注册，不受理域名预留。

（2）若申请注册的域名和提交的文件符合《中国互联网络域名管理办法》的规定，域名管理单位应当在收到《中国互联网络域名管理办法》第十五条所列文件之日起的 10 个工作日内，完成批准注册和开通运行，并发放域名注册证。

（3）若申请注册的域名或者提交的文件不符合《中国互联网络域名管理办法》的规定，域名管理单位应当在收到《中国互联网络域名管理办法》第十五条所列文件之日起的 10 个工作日内，通知申请人。申请人应当在 30 日内对其申请文件进行修改。如果逾期不答复或者提交的文件仍然不符合《中国互联网络域名管理办法》的规定，则该次申请自动失效。

（4）各级域名管理单位不负责向国家工商行政管理部门及商标管理部门查询用户域名是否与注册商标或者企业名称相冲突，是否侵害了第三者的权益。任何这类冲突引起的纠纷，由申请人自己负责处理并承担法律责任。

6.2.3 中国互联网络域名体系结构

根据《中国互联网络域名管理办法》第六条“我国互联网的域名体系由信息产业部以公告形式予以公布”的规定，中华人民共和国信息产业部于 2003 年 7 月 31 日发布了《中华人民共和国信息产业部关于加强我国互联网络域名管理工作的公告》。公告的主要内容如下：

（1）我国互联网络域名体系中各级域名可以由字母（A～Z，a～z，大小写等价）、数字（0～9）、连接符（-）或汉字组成，各级域名之间用实点（.）连接，中文域名的各级域名之间用实点或中文句号（。）连接。

（2）我国互联网络域名体系中在顶级域名 CN 之外暂设“中国”、“公司”和“网络”



3 个中文顶级域名。

(3) 顶级域名 CN 之下, 预先设置“类别域名”和“行政区域名”两类英文二级域名。

设置“类别域名”6 个, 分别为: AC, 适用于科研机构; COM, 适用于工、商、金融等企业; EDU, 适用于中国的教育机构; GOV, 适用于中国的政府机构; NET, 适用于提供互联网服务的机构; ORG, 适用于非营利性的组织。

设置“行政区域名”34 个, 适用于我国的各省、自治区、直辖市、特别行政区的组织, 分别为: BJ, 北京市; SH, 上海市; TJ, 天津市; CQ, 重庆市; HE, 河北省; SX, 山西省; NM, 内蒙古自治区; LN, 辽宁省; JL, 吉林省; HL, 黑龙江省; JS, 江苏省; ZJ, 浙江省; AH, 安徽省; FJ, 福建省; JX, 江西省; SD, 山东省; HA, 河南省; HB, 湖北省; HN, 湖南省; GD, 广东省; GX, 广西壮族自治区; HI, 海南省; SC, 四川省; GZ, 贵州省; YN, 云南省; XZ, 西藏自治区; SN, 陕西省; GS, 甘肃省; QH, 青海省; NX, 宁夏回族自治区; XJ, 新疆维吾尔自治区; TW, 台湾省; HK, 香港特别行政区; MO, 澳门特别行政区。

(4) 在顶级域名下可以直接申请注册二级域名。

(5) 任何组织或者个人不得采取任何手段妨碍我国境内互联网域名系统的正常运行。

另据 2004 年中国互联网络信息资源数量调查报告显示, 截止到 2004 年 12 月 31 日, 全国域名数为 185.23 万个, 比上年增长 56.0%; 所有域名中, 以.COM.CN 和.COM 结尾的最多, 占域名总数的 71.6%, 其次分别为以.NET.CN 和.NET 结尾的域名, 占 12.5%, 直接在顶级域名.CN 下注册的二级域名占 10.5%, 如表 6.1 所示。

表 6.1 分类域名数量分布

	COM (COM.CN)	NET (NET.CN)	ORG (ORG.CN)	GOV.CN	EDU.CN	AC.CN	行政区域.CN	二级域名 (.CN)	总计
域名总数	1 326 842	231 299	65 291	16 326	2 226	682	15 765	193 869	1 852 300
比例	71.6%	12.5%	3.5%	0.9%	0.1%	0.0%	0.9%	10.5%	100.0%

又据 2005 年 7 月的一项统计, 中国国家域名 CN 规模已超过 40 万个。

6.2.4 域名的注销

《中国互联网络域名管理办法》第三十四条规定, 已注册的域名出现下列情形之一时, 原域名注册服务机构应当予以注销, 并以书面形式通知域名持有者:

- (1) 域名持有者或其代理人申请注销域名的;
- (2) 域名持有者提交的域名注册信息不真实、不准确、不完整的;
- (3) 域名持有者未按照规定缴纳相应费用的;
- (4) 依据人民法院、仲裁机构或域名争议解决机构作出的裁判, 应当注销的;
- (5) 违反相关法律、行政法规及《中国互联网络域名管理办法》规定的。

6.3 域名争议及其法律保护

6.3.1 域名争议概述

网络域名争议是近年来伴随着国际互联网、万维网等信息技术的产生和高速发展而产生的最突出、类别最新、适用法律最为模糊的一类纠纷。主要有以下几类。

(1) 在电子商务发展的初期，由于人们对域名的重要性认识不够，许多企业、公司对自己的企业名称、商标、商号、个人姓名等未进行及时的域名注册，而被他人以相同或者近似的名称等捷足先登，因而极易发生域名该属谁的纠纷。

(2) 受利益的驱动或因域名注册管理制度存在的某些薄弱环节，出现了专门将他人公司名称、商标等注册为域名，又以高价出售这些域名来牟利的不法单位和个人。这导致了域名登记注册的善意与恶意之分，以及与域名登记有关的域名纠纷。

(3) 设立抱怨网站而引起的域名争议，这类网站专门搜集某一公司的负面信息或者专门让网友发泄对该公司商品、服务的不满。

(4) 外国公司特别是一些跨国公司的驰名商标的所有者，为开拓我国包括电子商务在内的市场，针对我国域名持有者就其.cn 一级域名而发生的争议。

6.3.2 域名的恶意抢注

1. 域名“恶意抢注”的认定

从域名管理角度看，各个域名管理机构在域名管理上采用不同的政策，因而对恶意抢注域名有不同的定义，在域名争议上也采用不同的解决办法。从法律角度来看，各个域名管理机构的所在国采用不同的法律或政策来处理恶意抢注域名案件。一般来说，“恶意抢注”是指明知或应知他人的商标、商号及姓名等具有较高的知名度和影响力而进行抢注的行为。也就是说，域名注册人注册域名的目的不是为了某种经营或服务，而是为了阻止他人注册或以租售域名牟利。对“明知或应知”的认定，主要根据商标、商号以及姓名的影响覆盖面来判定。而抢注者主观故意难以举证，一般由法院推定。下面主要介绍 ICANN 和我国关于恶意抢注域名的有关规定。

(1) UDRP 对恶意抢注域名行为的认定。目前通用顶级域名由美国政府指定的 ICANN 来管理。ICANN 于 1999 年 10 月 24 日通过了《国际域名争端统一解决办法》(UDRP)，UDRP 对恶意注册和使用域名的行为是这样认定的：

① 有证据证明，域名持有人注册或获得域名的主要目的是为了向商标或服务标记的所有者或所有者的竞争者出售、出租或其他任何形式转让域名，以期从中获得额外价值；

② 根据域名持有人的行为可以证明，域名持有人注册或获得域名的目的是为了阻止商标和服务标记的持有人通过一定形式的域名在互联网上反映其商标；

③ 域名持有人注册域名的主要目的是破坏竞争者的正常业务；



④ 域名持有人目的是通过故意制造与投诉人所持有的商品或服务标记的混淆，以诱使互联网络用户访问域名持有人的网站或者其他联机地址，并从中牟利。

(2) 我国法律法规对恶意抢注域名行为的认定。北京市高级人民法院于 2000 年 8 月 15 日发布了《关于审理因域名注册、使用而引起的知识产权民事纠纷案件的若干指导意见》，其中第五条是关于认定恶意注册域名的规定。具体而言，认定域名注册行为是否构成恶意注册域名，应审查其行为是否同时符合以下三个必备条件：

- ① 注册的域名与权利人享有的标志相同或足以导致误认的相似；
- ② 域名持有人对该域名标记不享有任何其他在先的权利；
- ③ 对该域名的注册和使用具有恶意。

目前，我国调整域名纠纷的主要法律法规是《中国互联网络域名管理办法》及 2002 年 9 月 30 日起施行的《中国互联网络信息中心域名争议解决办法》。该办法规定，被投诉的域名持有人具有下列情形之一的，其行为构成恶意注册或者使用域名：

- ① 注册或者受让域名是为了出售、出租或者以其他方式转让该域名，以获取不正当利益；
- ② 多次将他人享有合法权益的名称或者标志注册为自己的域名，以阻止他人以域名的形式在互联网上使用其享有合法权益的名称或者标志；
- ③ 注册或者受让域名是为了损害投诉人的声誉，破坏投诉人正常的业务活动，或者混淆与投诉人之间的区别，误导公众；
- ④ 其他恶意的情形。

2. 关于“恶意”的认定

北京市高级人民法院在《关于审理因域名注册、使用而引起的知识产权民事纠纷案件的若干指导意见》中指出，恶意主要针对以下四种情形：

- ① 域名持有人提出向权利人出售、出租或以其他方式有偿转让域名；
- ② 为赢利目的，以故意混淆域名与权利人的商标、商号的方式引诱网络用户接入其网页或其他在线服务；
- ③ 专为阻止他人将商标、商号用于域名而注册；
- ④ 为损害他人的声誉而注册域名等。

最高人民法院于 2001 年 6 月 26 日颁布了《关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》。该解释第五条明确指出：“被告的行为被证明具有下列情形之一的，人民法院应认定其具有恶意：

- ① 为商业目的将他人驰名商标注册为域名的；
- ② 为商业目的的注册，使用与原告的注册商标、域名等相同或近似的域名，故意造成与原告提供的产品、服务或者原告网站的混淆，误导网络用户访问其网站或其他在线站点的；
- ③ 曾要以高价出售、出租或者以其他方式转让该域名以获取不正当利益的；
- ④ 注册域名后，自己并不使用也未准备使用，而有意阻止权利人注册该域名的；
- ⑤ 域名持有人对该域名标记不享有任何其他在先的权利；
- ⑥ 具有其他恶意情形的。

被告举证证明在纠纷发生前其所持有的域名已经获得一定的知名度，且能与原告的注册商标、域名等相区别，或者具有其他情形足以证明不具有恶意的，人民法院可以不认定被告具有恶意。”

此司法解释的出台有利于及时审理层出不穷的互联网域名注册纠纷案件，也为今后的域名立法工作作出了有益的探索。

阿里巴巴状告赖启兴赢回 9 个域名：阿里巴巴近日向亚洲争议解决中心递交一份申请，要求将争议域名 alibabalife.com、alibabafuture.com、alibabaidea.com、alibabaplay.com、aboutalibaba.com、alibabastrategy.com、alibabakey.com、alibabaing.com、hialibaba.com 移交给他们。

据悉，阿里巴巴是中国最大的网络公司和世界第二大网络公司。其公司注册了“alibaba.com”标志，争议域名 alibabalife、alibabafuture、alibabaidea.com、alibabaplay、aboutalibaba.com、alibabastrategy.com、alibabakey.com、alibabaing.com、hialibaba.com 与该集团的标志相混淆。9 个争议域名的持有者均属被告赖启兴。此前，被告赖启兴曾将阿里巴巴告上法庭，争取维护域名 alibababank.com.cn 的持有权，一度成为界内瞩目的焦点。

查询 whois 得知，被告赖启兴注册了 50 多个与阿里巴巴商标相似的域名，如 buyalibaba.com、alibabapay.net 等。阿里巴巴表示，争议域名的持有者注册与阿里巴巴商标相似的域名，是想将争议域名出售给阿里巴巴，从而获得不正当的商业利益。在商谈不成功的情况下，被告在收到关于阿里巴巴提出的关于争议域名的诉讼的时，故意干扰阿里巴巴的正常业务并且诋毁阿里巴巴的名誉。争议域名持有的者的行为已经构成恶意注册和使用争议域名。

仲裁小组根据阿里巴巴递交的证据要素进行处理，决定将争议域名移交给投诉人，阿里巴巴成功赢得域名争议。

3. 域名恶意抢注的法律责任

《国际域名争端统一解决办法》（UDRP）不仅对恶意注册和使用域名的行为进行了认定，而且恶意注册和使用域名行为已为 UDRP 所禁止。北京市高级人民法院在基本参照了 UDRP 中提出的解决办法的基础上，制定了《关于审理因域名注册、使用而引起的知识产权民事纠纷案件若干指导意见》来解决具有“恶意”情形的域名注册，其第五条规定：“因域名注册构成不正当竞争的，人民法院可判令域名持有人、使用人停止使用、申请撤销该域名，因实施不正当竞争行为给权利人造成损害的，还应判令其赔偿损失。”

综观国内现有的域名抢注纠纷判决，法院一旦认定属于抢注的，一般均判决被告停止使用域名并限期办理撤销手续。对于是否直接将域名判给商标人的问题，法官们多持否定态度。理由是此类纠纷属于侵权诉讼，而非“即付即诉”、“即付即还”的方式。侵权责任的承担方式主要是赔礼道歉和损失赔偿等，不宜直接将域名判归商标权人所有，商标权人须向域名注册机构另行提出注册才能获得争议域名的所有权。

关于是否赔偿损失的问题，多数法官认为，如果侵权人的行为直接导致被侵权人的经济利益受到损失，而且被侵权人又明确提出赔偿的请求，人民法院应予支持。



6.3.3 其他因域名引起的不正当竞争

与恶意抢注域名不同的是,以下所述因域名引起的不正当竞争归咎于经营者因从事相同或相近似的营业或服务,注册域名时侵犯了他人的商标权。

1. 将他人的商标或商号注册为域名

电子商务为商业活动开辟了新世界,而域名便是人们进入这一世界的第一道关口,且具有了认知网站或虚拟企业的标志功能。因此,将他人享有在先权利的商号、商标或其他标志登记为域名,不仅侵犯了权利人的知识产权,而且构成一种不正当竞争。

将他人的商标或商号注册为域名,容易引起人们的误解,误以为是原商标或商号权人设立的网站或提供服务。我国《反不正当竞争法》第五条规定:由于域名具有商业价值或商业标志作用,而商标、服务标志和商号最主要的功能也是区分或标志产品生产者或服务提供者,是经营性主体商誉的主要载体,因此将他人享有在先权利的商标、商号等登记为域名,就容易导致利用他人已经在现实经济生活中积累的商誉实现自己的目的,即构成搭便车或寄生性不正当竞争行为;如果是提供同一种性质的网络服务或网上经营性活动,那么容易使消费者产生误认或混淆,以诱使互联网络用户访问域名持有人的网站或企业,构成不正当竞争。实际上保护商标权即是保护反不正当竞争的权利。

现在将他人享有在先权利注册为域名,大多是从保护商标、商号等权利的角度进行规范的,其目的是保护享有这些知识产权或无形财产权人的权利,而一旦认定注册构成恶意抢注,通常即构成不正当竞争行为。因此,一般从是否构成恶意抢注或是构成侵权行为来判断是否构成不正当竞争。

据此,侵犯他人享有在先权利引起的不正当竞争行为构成要件可以归结为两个:第一,在先权利人享有注册的商标专用权、商号权,而域名持有人对域名不享有正当的权利或合法的利益;第二,在后注册域名与在先权利人持有的商标或服务标记相同或具有误导性的相似,也足以导致误认。

域名侵犯他人商标或其他在先权利,必须是经营或使用范围相一致或近似。例如美国JUNO一案,法官基于经营内容不相似而判决原告继续使用域名。

该案的原告Juno Online的总部在特拉华州,营业地在纽约,是一家经营网络服务的公司,为开展免费电子邮件服务注册了域名juno.com。1995年该公司向美国专利与商标局申请注册JUNO商标。被告的营业地在伊利诺斯州,但总部也在特拉华州,主要生产照明灯具,拥有JUNO文字商标和商业标志。为此于1996年6月,被告以自己合法享有在先注册商标权为由,向美国专利局与商标局提出了异议,并向NSI提出申请,要求撤销原告的域名注册,同时自己也注册了域名juno-online.com。于是原告将被告告上法庭。法庭审理后认为,本案中的商标、域名JUNO,是希腊传说中爱神丘比特的妻子,广泛使用于女性名称,被告虽然在先注册商标,但禁止他人在其他领域使用JUNO的理由不充分。更重要的是,原被告之间不存在竞争关系。原告是美国家喻户晓的互联网服务商,而被告是生产电灯泡等照明灯具的厂商,产品与原告服务根本不相同。因此,在不同产品上使用相同标志包括域名JUNO,不构成商标侵权。因此,原告可以继续使用JUNO域名。

所以，并不是所有的域名侵犯在先权利都作为侵权来看待，只有从事相同服务或营业活动时，将他人商标或商号注册为域名达到足以使消费者误认的程度时，才被认为是侵权或构成一种不正当竞争。

2. 域名与域名类似或相同

域名侵犯商标权或含有商标权的域名，受害人可以直接适用商标法获得救济，同时可以适用反不正当竞争法。在域名注册人对于域名本身不享有商标权或商号权（非用自己的商号或商标注册为域名，或者域名没有注册为商标）时，发生在后注册的域名与在先域名相同或类似，此时仅仅是域名“侵犯”域名，很难再用商标法进行救济，而在域名权的法律保护体系还没有建立起来的情况下，只能由反不正当竞争法保护，只能以不正当竞争为由提起诉讼。

在缺乏明确的权利保护的情形下，在后注册域名是否构成不正当竞争主要取决于在后注册域名是否足以导致消费者混淆。而判断是否构成混淆的前提是两个网站经营内容相同或近似。这也就是说，域名不正当竞争的构成要素有两个：一是两个网站经营范围和内容存在着相同或近似，这是一个前提条件；二是后注册的域名存在着相同或近似，且这种相同或近似足以导致消费者误认。

判断是否导致消费者误认取决于相关消费者是否误认为产品或服务为相同经营者提供，或是否误认为经营者之间有某种关系。

在经营内容相同或相似的情形下，主要判断域名是否相同或相似。例如美国的“华尔街事件”一案即确立了经营相近而标志或域名不近似，不构成侵犯域名权的规则。

原告 StreetEvents.com 公司是投资理财网站，从事上市公司信息汇集分析，在其互联网网站上刊出，并提供其他信息发布服务，所有服务均为免费。StreetEvents.com 既是其公司名称又是其网站域名（开通于 1999 年 1 月），同时获得联邦服务商标注册（1999 年 6 月 22 日）。被告 C-call 公司，网站名称为 StreetFusion.com，同样在互联网上提供市场信息，向市场分析人士提供备忘录，进行市场分析，提示重要事件等。其最早的网站名称为 C-call.com，1999 年 4 月 2 日注册 StreetFusion.com 域名，后也注册联邦商标 StreetFusion.com。原告认为，其先使用 StreetEvents.com 商标，几个月后被告才使用 StreetFusion.com，因而构成商标侵权。法院认为，两个标志有重要相似之处，即第一个词 Street 指华尔街，第二词均为 6 个字母，两个音节；原告与被告竞争于相同的市场，其经营方式、广告和信息来源、市场客户群均相同。但法院认为，原告虽然提出证据表明，在 1999 年 6、7 月，约有 20 位专业投资分析人员本想登记到原告网站，却错误地登记到被告网站，但是没有充分的证据证明所有有经验的客户群最终都会作出错误选择。被告现在每年的服务收入达 40 万美元，而原告目前不收费，没有相关的服务收入。在这种情况下，即使用户产生最初混淆，也不会转化为最终混淆。据此，1999 年 11 月 18 日，法院判决被告并未侵犯原告商标权。

尽管这里法院是从原、被告的商标之间是否构成侵权的角度认定的，但这种认定适用于域名。如果原、被告在没有注册商标情形下，那么两者之间的域名更是不存在相似之处。



3. 域名或标志的显著性

商标的显著性除要求与他人商标不相同、不相似外,还要求与公有领域中的标志、名称不相同或不相似,例如,产品的通用名称、行业专用术语、地名等均不得注册为商标专用权。但是,域名不要求显著性,越是没有显著性的普通名词,作为域名的价值性就越高,如 `televisions.com`,它不能注册为商标,但可以作为域名注册。因此,如果商标没有显著性或商标的显著性随后丧失,他人注册同样的词语作为域名,不构成侵犯商标权。我国发生的 PDA 域名纠纷一案即确立了这样的原则。

原告石家庄福兰德事业发展公司,1997年3月注册商标“PDA”,用于第9类商品,主要是掌上计算机产品。被告北京弥天嘉业技贸有限公司在1998年10月12日注册了 `pda.com.cn` 域名,建立网站介绍、销售其他企业的掌上计算机产品,网站主页上还有一个 PDA 标志。1998年下半年,原告向 CNNIC 申请 `pda.com.cn` 域名,发现被告已注册,遂要求被告停止使用,被告拒绝。原告向法院起诉,要求停止商标侵权行为和不正当竞争行为。被告答辩中认为,PDA 是英文个人数字助理(Personal Digital Assistant)的缩写,是该产品的通用名称,已被记载于不少英汉词典中,故原告不能对 PDA 享有专有权。据此,法院驳回了原告的全部诉讼请求。

6.3.4 域名争议的国际和国内解决机制

1. 国际组织对域名争议的解决

按照国际惯例,国际域名争议目前采用仲裁方式来解决,其适用的规范就是国际顶级域名的管理者 ICANN(互联网名称及数字命名组织)针对域名争议制定的《国际域名争端统一解决办法》(UDRP)、《域名注册协议》、《国际域名争端统一解决协议程序规则》、《域名争议解决机构的补充规则》及《世界知识产权组织统一域名争议解决办法补充》等,由以上这些法规一起为域名争议当事人(不包括域名注册机构)提供解决方案。解决争议的机构是由 ICANN 认证的。目前,ICANN 已批准了若干家这样的争议解决机构,它们是 WIPO、eResolution、NAF 和 CPR,分别位于瑞士、加拿大和美国。这些机构在解决争议时,不具有官方的身份,都是民间组织。采用这种仲裁方式可以使当事人避免昂贵的司法诉讼费用,以低廉的费用解决域名争议。

(1) 提起域名争议的条件。UDRP 规定,提起域名争议解决程序,应同时满足以下三个条件:

- ① 申请人的域名与申诉人享有的商标或服务标志相同或相似,足以造成混淆;
- ② 申请人对该域名不享有权利或合法利益;
- ③ 申请人域名已经注册且被恶意使用。

在行政程序中,申诉人应举证存在以上三种情况。此外,投诉人在域名争议解决程序中承担举证责任。

(2) 强制性域名争议解决程序。域名争议由 ICANN 认定的并在其网站上公布的域

名争议解决机构来受理。

根据《国际域名争端统一解决办法》、《域名注册协议》和《国际域名争端统一解决协议程序规则》，投诉方向 ICANN 认证的国际域名争议解决机构递交域名争议书，并交纳域名争议仲裁费用，域名争议解决机构立案后向应诉方寄送投诉方的域名争议书，并要求应诉方在规定日期前递交域名争议答辩书。域名争议解决机构根据投诉方的要求指定一人仲裁团或三人仲裁团，仲裁团按照统一域名争议解决办法作出域名争议裁决结果；如果当事人对裁决结果不服，可以在裁决生效起的 10 日内向注册此域名的 ICANN 认证的域名注册服务商的办公所在地法院提起诉讼。

（3）域名的撤销、转让和变更。根据 UDRP，基于下列情况，域名注册机构有权撤销、转让和变更域名注册：

① 根据 UDRP 第八条的规定，域名注册机构收到域名持有人或域名仲裁者授权代理所提交的书面通知或适当的电子形式的通知，要求域名注册机构采取此类行动；

② 域名注册机构收到对域名争议有完全管辖权的法庭或仲裁机构发出的判决或裁定通知，要求域名注册机构采取此类行动；

③ 域名注册机构收到域名争议解决机构发出的通知，要求域名注册机构采取此类行动，该机构是根据 UDRP 而建立；

④ 根据《域名注册协议》或其他合法原因。

由于争议解决机构不具备官方的身份，也没有相关的国际公约，因此，该机构作出的裁决没有法律上的效力，但是由于域名系统的技术性，其裁决无须司法的或者行政上的协助，就能发生域名转移或者暂停使用的效果。

2. 我国对域名纠纷的解决

（1）司法解决。对于涉及域名的纠纷，原则上可以按照《民事诉讼法》的规定请求人民法院审理。为了指导人民法院审理域名纠纷案件，2001 年 7 月 17 日，最高人民法院发布了《关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》，该解释自 2001 年 7 月 24 日起施行。北京市高级人民法院 2000 年 8 月 15 日发布了《关于审理因域名注册、使用而引起的知识产权民事纠纷案件的若干指导意见》。这两个文件的颁布为解决域名纠纷提供了明确的途径和方法，阐明了有关域名纠纷的管辖法院；根据案件的性质进行归类；确认适用法律并明确提出了认定域名抢注的标准。这两个文件概括起来有以下主要内容：

① 关于案件的受理。对于涉及计算机网络域名注册、使用等行为或当事人因域名注册、使用与已经注册的商标、企业和其他组织名称等发生冲突而向人民法院起诉的民事纠纷，经审查符合《民事诉讼法》第一百零八条规定，人民法院应予以受理。

② 关于案件的管辖。涉及域名的侵权纠纷案件，由侵权行为地或者被告住所地的中级人民法院管辖。对难以确定侵权行为地和被告住所地的，原告发现该域名的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。涉及域名纠纷的案件包括当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织、国际组织或者域名注册地在外国的域名案件。在中华人民共和国领域内发生的涉外域名纠纷案件，依照《民事诉讼法》第四篇的规定确定管辖。关于管辖，北京市高级人民法院在指导意见中规定：诉讼标的额超过 300 万元的，由高级



人民法院作为第一审法院；域名注册地亦是侵权行为地时，注册地人民法院可以管辖。

③ 域名纠纷案件的分类。对于域名纠纷案件，根据双方当事人争议的法律关系的性质确定案由，并在其前冠以计算机网络域名；争议的法律关系的性质难以确定的，可以通称为计算机网络域名纠纷案件。原告以域名侵犯其商标权为由起诉的，应确定为侵犯商标权纠纷；以不正当竞争行为起诉的，应依据不正当竞争行为的性质确定案由。

④ 构成侵权或者不正当竞争行为的认定。认定被告注册、使用域名等行为构成侵权或者不正当竞争的，应当符合下列条件：第一，原告请求保护的民事权益合法有效；第二，被告域名或其主要部分构成对原告驰名商标的复制、模仿、翻译或音译，或者与原告的注册商标、域名等相同或近似，足以造成相关公众的误认；第三，被告对该域名或其主要部分不享有权益，也无注册、使用该域名的正当理由；第四，被告对该域名的注册、使用具有恶意。

⑤ 处理。人民法院认定域名注册、使用等行为构成侵权或者不正当竞争的，可以判令被告停止侵权、注销域名，或者依原告的请求判令由原告注册使用该域名；给权利人造成实际损害的，可以判令被告赔偿损失。值得一提的是，按照解释的规定，对涉及的注册商标是否驰名，人民法院也可以依法认定，充分显示了司法权利至上的原则。

(2) 关于 CNNIC。为了解决互联网络域名争议，中国互联网络信息中心根据有关法律、行政法规及《中国互联网络域名管理办法》的规定，制定了《中国互联网络信息中心域名争议解决办法》，该办法自 2002 年 9 月 30 日起施行，原《中文域名争议解决办法（试行）》同时废止。该办法适用于因互联网络域名的注册或者使用而引发的争议，所争议域名应当限于由中国互联网络信息中心负责管理的 CN 域名和中文域名。域名争议由中国互联网络信息中心认可的争议解决机构受理解决，争议解决机构实行专家组负责争议解决的制度。专家组由一名或三名掌握互联网络及相关法律知识，具备较高职业道德，能够独立并中立地对域名争议作出裁决的专家组成。域名争议解决机构通过在线方式公布可供投诉人和被投诉人选择的专家名册。

任何机构或个人认为他人已注册的域名与该机构或个人的合法权益发生冲突的，均可以向争议解决机构提出投诉。争议解决机构受理投诉后，应当按照程序规则的规定组成专家组，并由专家组根据《中国互联网络信息中心域名争议解决办法》及程序规则，遵循“独立、中立、便捷”的原则，在专家组成立之日起 14 日内对争议作出裁决。在域名争议解决程序中，除域名注册服务机构根据争议解决机构的要求提供与域名注册及使用有关的信息外，中国互联网络信息中心和域名注册服务机构不以任何身份或者方式参与争议解决程序。

6.3.5 我国关于域名保护的相关立法

中国互联网络信息中心（CNNIC）于 1997 年经国家批准成立，是行使中国国家互联网络信息中心职责的非营利性管理和服务机构。1997 年 5 月 30 日，国务院信息化工作领导小组办公室发布了《中国互联网络域名注册暂行管理办法》，自发布之日起施行；2000 年 11 月，CNNIC 发布了《中文域名争议解决办法（试行）》，自发布之日起 30 日后实施。

根据相关的规定，CNNIC 委托与授权中国国际经济贸易仲裁委员会域名争议解决中

心作为中文域名争议解决机构和通用网址争议解决机构，负责解决中文域名争议和通用网址争议。该中心制定了域名争议解决程序规则和通用网址争议解决程序规则，设立了专家名单，建立并完善了在线案件管理程序，实行专家组负责制的在线争议解决制度，可为当事人提供优质快捷的在线争议解决服务。

2002年9月22日至30日，中国互联网络信息中心先后出台了四部与域名有关的法律，分别是：《中国互联网络信息中心域名注册服务机构认证办法》、《中国互联网络信息中心域名争议解决办法》、《中国互联网络信息中心域名注册实施细则》、《中国互联网络信息中心域名争议解决办法程序规则》。

2003年我国又出台了三部相关法律，分别是：《中国互联网络信息中心域名注册服务机构变更办法》、《中华人民共和国信息产业部关于加强我国互联网络域名管理工作的公告》、《信息产业部关于从事域名注册服务经营者应具备条件法律适用解释的通告》。

2004年11月5日信息产业部新公布了《中国互联网络域名管理办法》，自2004年12月20日起施行；同时废止2002年8月1日公布、自2002年9月30日起施行的《中国互联网络域名管理办法》。

进入2005年，信息产业部又发布了《互联网IP地址备案管理办法》，2005年1月28日发布，自2005年3月20日起施行。

相信这些新办法的出台，对我国关于域名的管理和纠纷处理会更加科学和合理。

本章小结

按照我国信息产业部2004年12月20日起颁布施行的《中国互联网络域名管理办法》，域名是指互联网络上识别和定位计算机的层次结构式的字符标志，与该计算机的互联网协议（IP）地址相对应。它具有标志性、唯一性、排他性、转让性、国际性和依附性六大法律特征。域名是按照等级组成的，可以被分为顶级域名、二级域名、三级域名等。现在，域名已不仅仅是一个网络地址，而被誉为“企业的网上商标”，其重要性和价值，已被全世界的企业所认识。

根据《中国互联网络域名管理办法》，中华人民共和国信息产业部负责域名的管理工作。在中华人民共和国境内设立域名注册管理机构和域名注册服务机构，应当经信息产业部批准。该办法对域名的申请、审批及注销都做了相关的规定。

网络域名争议是近年来伴随着互联网而产生的类别最新、适用法律最为模糊的一类纠纷。其中，恶意抢注域名现象较为常见，主要指域名注册人注册域名的目的不是为了某种经营或服务，而是为了阻止他人注册或以租售域名牟利。《国际域名争端统一解决办法》（UDRP）和我国的法律法规都有对恶意抢注域名行为的认定。综观国内现有的域名抢注纠纷判决，法院一旦认定属于抢注的，一般均判决被告停止使用域名并限期办理撤销手续。

其他因域名引起的不正当竞争有将他人的商标或商号注册为域名、域名与域名类似或相同、域名或标志的显著性区分等，它们均是由于经营者因从事相同或相近似的营业或服务注册域名时侵犯了他人的商标权。

国际组织对域名纠纷的解决方案适用的规范是国际顶级域名的管理者ICANN针对域名争议制定的《国际域名争端统一解决办法》、《域名注册协议》、《国际域名争端统一解决



协议程序规则》和《域名争议解决机构的补充规则》等。

我国对域名纠纷的解决方式有司法解决方式及中国互联网络信息中心自2002年9月30日起施行的《中国互联网络信息中心域名争议解决办法》。近几年来,我国还先后出台了多部关于域名方面的法律、法规。

案例分析

杭州创业之星赢了“西祠胡同”

历时三个多月的“xici.com”域名争夺案于近日尘埃落定。然而,令人意想不到的是,这位打败“西祠胡同”所属艺龙网信息技术(北京)有限公司的夺得“xici.com”域名的人,竟是一位年仅二十来岁的大学生——杭州市大学生十佳创业之星吴昊。

2009年9月29日,知名论坛“西祠胡同”的主人——艺龙网信息技术(北京)有限公司一纸诉状将吴昊告向了亚洲域名争议解决中心,要求将“xici.com”这一域名转移给自己。

面对艺龙网的挑战,身处英国攻读MBA的吴昊沉着应战,委托了杭州一家域名解决方案服务商“名商网”参与答辩。

据域名所有人吴昊介绍,中国戏曲在世界戏剧舞台上独树一帜,“xici.com”网站是为了让世界了解中国戏曲艺术的博大精深。

对于知识产权保护,“西祠胡同”似乎早有准备。目前,艺龙网已是xici.net、xici.cn、xici.com.cn等47个域名的合法所有人,并已向国家商标局申请了“西祠”相关的53个商标注册,同时拥有国家商标总局颁发的“西祠”、“西祠胡同”等10个商标证书,另有10个商标申请已进入初审公告期。

艺龙网方面称,“西祠胡同 xici.net”这一城市生活社区门户始建于1998年,是华语地区第一个大型综合社区网站,目前已成为国内最负盛名的社区论坛形式网站之一。经过多年持续的使用和宣传,“xici”已发展成为相关公众所广为知晓的著名品牌,西祠胡同网站亦成为知名的华人网上社区,具有极大的市场认可度。“xici.com”其中“.com”部分是通用顶级域名,不具有显著性,因此“xici”是“xici.com”的显著部分和区分部分,与享有极高知名度的“西祠 xici”相关域名和商标有混淆性相似。

然而,亚洲域名争议解决中心北京秘书处专家组经审理发现,“xici.com”最早的注册时间为1999年2月15日。这一日期早于艺龙网最早的商标注册时间。这表明,在“xici.com”注册时,艺龙网尚没有获得任何可保护的权利。专家组还注意到,投诉人的“XICI”及“西祠 XICI”商标权的取得时间均在提出争议案发起投诉之后。

“XICI”作为汉语拼音,其所对应的汉字字符并非仅限于艺龙网所说的“西祠”,而且“西祠”自身也非艺龙网自创的词汇。专家组认定,未能证明其享有可受法律保护的、与“xici.com”直接对应的商品商标或服务商标,“xici.com”持有人仍为吴昊。

源自:“中国杭州”政府门户网站



案例讨论题：

1. 如果你是艺龙网信息技术（北京）有限公司的代表，请你谈谈有利于艺龙网的事实和理由。
2. 如果你是“xici.com”这一域名所有人吴昊委托的“名商网”，请你谈谈有利于吴昊的事实和理由。
3. 请分析专家组作出最终裁决结果的理由。

思 考 题

1. 什么是域名？其功能和法律特征如何？
2. 我国互联网络域名体系的结构如何？由什么机构负责对域名进行管理？
3. 注册域名应做好哪些方面的工作？
4. 什么是域名的恶意抢注？如何认定？
5. 除恶意抢注域名外，其他因域名引起的不正当竞争行为有哪些？
6. 域名与商标有何区别？请填表说明。

	域 名	商 标
注册原则		
作用		
组成		
地域		
必须注册与否		

7. 分析以下案例：

荷兰的英特艾基系统有限公司拥有“宜家”著名品牌，并将“IKEA”这一国际驰名品牌在中国注册了商标，评估价值为 34.6 亿美元。当他们想在中国互联网上注册“IKEA”为标志的域名时，发现国网公司已经抢先注册了域名“ikea.com.cn”，而且长期空置不用。英特艾基系统有限公司认为此举属于不正当竞争，侵犯了其商标专用权。他们认为国网公司将宜家“IKEA”驰名商标作为域名使用，易误导消费者，使消费者认为该域名可以查到和“宜家”有关的情况。国网利用了“宜家”的良好商誉提高其网站的访问率，对“宜家”的商标专用权造成了侵害。因此请求法院判令被告立即停止使用并注销“ikea.com.cn”域名。被告国网公司辩称：原先他们并不知道“IKEA”是谁，“宜家”也不了解，他们选择“IKEA”这个没有实际意义的词，是打算用这个域名开展语音服务业务，与原来的家具业没有任何联系。

讨论题：

- (1) 国网公司是否侵犯了“宜家”的商标专用权？
- (2) 本案是否存在恶意抢注域名的行为？

第7章 电子商务中消费者权益 保护法律问题

【学习目标】

- 了解隐私权、知情权的概念及隐私权的内容；
- 掌握电子商务中消费者隐私权保护的主要内容；
- 掌握消费者安全权的内容及其法律保护；
- 理解消费者索赔权履行中存在的问题及其法律保护；
- 理解消费者公平交易权实现中存在的问题及其法律保护；
- 了解电子商务中损害责任的界定及赔偿等相关知识。

7.1 消费者隐私权和知情权的法律保护

7.1.1 隐私权和知情权概述

1. 隐私权概述

隐私权（Right to Privacy）这一概念诞生于美国。1890年，美国哈佛大学法学院教授路易斯·D.布兰代斯（Brandeis）与塞缪尔·D.沃伦（Warren）为了驳斥《波士顿报》对塞缪尔·D.沃伦家庭私事的大肆报道，二人共同在当年第四期的《哈佛法学评论》（Harvard Law Review）发表了著名的《论隐私权》一文，明确提出了一种新的权利，该文的面世标志着隐私权理论的诞生。文章指出：在任何情况下，每一个人都有被赋予决定自己所有的事情不公之于众的权利，都有不受他人干涉搅扰的权利，并认为保护个人的著作以及其他智慧或情感产物的理念，就是隐私权的价值，而隐私权是宪法规定的人之自由权的重要组成部分，新闻传播媒体往往侵犯这一标志着个人私生活的神圣界限。此后，关于隐私权的理论日益受到广泛的重视和承认，并逐渐出现了判例和立法。

（1）隐私权的概念。在理论界，对于隐私的定义目前有两种解释：一种认为隐私为私人生活秘密或私生活秘密，即指私人生活安宁不受他人非法干扰，私人信息保密不受他人非法搜集、刺探和公开等；另一种认为，隐私的内容包括三个方面，个人信息的保密、个人生活不受干扰、个人私事决定的自由。

在一这意义上，隐私实际上即是无关公共利益的个人“私事”，同时隐私还表现为个人生活不受外来力量干涉、干扰、侵犯形成的自由空间（又称个人领域）。

由于对隐私的理解不一致，就导致对隐私权定义的差异。隐私权定义有狭义和广义之分，狭义的隐私权是指“公民享有的私人生活安宁与私人信息依法受到保护，不被他人非法侵扰、知悉、搜索、利用和公开等的一种人格权”。广义的隐私权包括三方面的内容：第一，对于个人资料支配、利用权和维护权。第二，个人私事或私生活的隐蔽或隐瞒权。第三，保持个人生活和领域不受干扰和侵犯的权利。

对于个人资料的权利既包括积极支配、利用个人资料的权利，也包括防止他人利用、侵犯的消极权利。但不管哪种权利均与个人有关的信息、资料有关，一种是对信息、资料的积极利用，另一种是信息资料的维护、防止他人利用和滥用。它能够给权利人带来某种积极利益或财产利益。第二种权利涉及到给个人人格尊严、名誉等造成不利影响的私事或个人资料的不当披露；第三种权利旨在使个人保持独立、自主、自由的生活空间或领域。这两种权利，只是要求他人不作为（不披露、不公开、不侵犯和不干扰等），理论上称为消极的隐私权。

20 世纪 90 年代，随着电子商务的迅猛发展，消费者出于网络交易和接受服务的需要，必须在网络上向各类经营者提供包括自己个人资料在内的隐私。而且，消费者在网络上的“行踪”（个人所到访的网站、消费习惯、阅读习惯甚至信用记录等）也常常在毫无知觉的情况下被记录下来。而这些个人资料又可能被收集者转售给其他商业组织。故在这种情形下，消费者对参与电子商务是否会暴露自己个人隐私持十分关切的态度。

（2）隐私权的内容。20 世纪 60 年代，美国著名的侵权行为法专家威廉·普罗泽（William Prosser）在研究了法院二百多个判例的基础上，于上世纪 60 年代写就了被公认为是权威的论文《论隐私权》，在其中，隐私权侵权行为分为以下 4 种：盗用（Appropriation）、侵入（Intrusion）、私事的公开（Public Disclosure of Private Facts）、公共误认（False Light in Public Eye）。在此之后的美国侵权法采纳了这些观点，《美国侵权行为法（第二次重述）》（Restatement of the Law, Second, Torts）具体规定了 4 种侵犯隐私权的行为：不法侵入他人的秘密、盗用他人姓名或肖像、不合理地公开他人的私生活、公开他人不实之形象。

隐私权作为一种独立的人格权，属支配权的范畴，其主要内容有：

① 隐私保有权。指权利人对其与社会公共利益无关的个人隐私享有并保持隐瞒的权利。

② 隐私知悉权。指权利人有依法获知掌握其个人隐私信息资料的权利。

③ 隐私使用权。指权利人依法在不违背社会公共利益的前提下，可以利用隐私或允许他人利用隐私，以满足自身或他人的物质精神需求。

④ 隐私公开权。指权利人有决定自己的隐私是否公开、何时公开以及以何种方式、何种程度公开的权利。

（3）我国隐私权保护的法律基础。隐私权的保护问题在我国还没有一部完整的法律，尤其在网络和电子商务领域中有关隐私权的保护问题更是一个空白。只能从散见于许多法律法规的规定中，找到一些隐私权保护的条款。

我国《宪法》第三十八条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”人格尊严指公民的基本权利，包括名誉、肖像、隐私等内容。本条虽然没有明确地规定隐私权，但是人格尊严本身的内涵为公民隐私权的其他立法和司法解释留下了广阔的空间。《宪法》第三十九条规定公民的住宅不受



侵犯,实际是规定了公民的个人生活安宁权。《宪法》第四十条规定公民的通信自由和通信秘密受法律的保护,这两种权利都是个人信息保护权的重要组成。

我国《民法通则》第一百零一条规定:“公民、法人享有名誉权,公民的人格尊严受法律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”这一规定被认为是公民隐私权保护的间接规范。因为这一条规范的名誉权,后来的司法解释明确了这里包括对隐私权的保护。1988年4月2日最高人民法院在《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第一百四十四条第一款灵活解释了关于名誉权的条文规定:“以书面、口头等形式宣扬他人的隐私,或者捏造事实公然丑化他人人格,以及用侮辱、诽谤等方式损害他人名誉,造成一定影响的,应当认定为侵害公民名誉权的行为。”又于1993年8月7日在《关于审理名誉权案件若干问题的解答》中规定:“对未经他人同意,擅自公布他人的隐私材料或以书面、口头形式宣扬他人隐私,致他人名誉受到损害的,按照侵害他人名誉权处理”。

我国在很多行政法规中也对公民隐私权的保护问题作出了规定。例如,1996年公安部发布的《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》也从通信自由和秘密的角度涉及个人资料的保护这一问题进行了规定,其第七条明确规定:“用户的通信自由和通信秘密受法律保护。任何单位和个人不得违反法律规定,利用国际互联网侵犯用户的通信自由和通信秘密。”1998年国务院信息化工作领导小组发布的《计算机信息网络国际联网管理暂行规定实施办法》第十八条也提及了隐私保护:“用户应当服从接入单位的管理,遵守用户守则;不得擅自进入未经许可的计算机系统,篡改他人信息;不得在网络上散发恶意信息,冒用他人名义发出信息,侵犯他人隐私;不得制造传播计算机病毒及从事其他侵犯网络和他人合法权益的活动。”

以下为美国的隐私权保护相关资料,供借鉴与参考。

在美国,隐私权直接被认为是个人的宪法上的权利,因此对于隐私权的保护大多是公法性的。美国权利法案明确地限制政府对个人自由的干预,例如第一修正案确认个人自治权;第四修正案限制政府对个人的人身、房屋、文件和财物干预,以实现个人自治;第五修正案限制政府强迫个人揭露个人事务。美国国会于1970年通过了《隐私法》,该法主要用来规范美国联邦政府机构在收集和使用个人资料的权限范围和应当遵守的义务。该法规定政府机构不得在未经当事人同意的情况下公开或使用任何有关当事人的资料;并赋予个人查阅、复制和校正他们在联邦机构的记录。1980年国会通过了《隐私保护法》(Privacy Protection Act, PPA)。该法限制执法机构搜查或扣押记者和出版者的工作手段和文件材料,除非他们有充分理由相信拥有这些材料的人涉嫌犯罪或所拥有的材料应作为犯罪证据。同时也限制政府机构或其雇员在调查刑事犯罪过程中,搜查或扣押个人拥有的像报刊、书籍、广播等媒体发表的文稿或工作手段。1986年国会重新修订了《电子通信隐私法》(Electronic Communications Privacy Act, ECPA)。ECPA涉及所有形式的数字通信(包括私人E-mail),该法总体上禁止未经授权的个人或私人组织获取服务提供者储存的电子信息或拦截传输的信息,但是政府享有获得这些信息的限制性权力,甚至可以强迫服务提供者公开传输或储存的信息,但政府的这种权力受严格的程序性审查和限定。

(4) 网络环境下隐私权:个人信息隐私权。现代信息技术和网络技术大大增加侵犯

隐私权的概率和范围，并带来了许多新问题。在这种背景下谈隐私问题，主要涉及信息收集、加工、处理、传输、传播等引起的侵犯隐私权问题。美国《个人隐私权与国家信息基础设施》白皮书（1995年10月）提出了个人信息隐私权概念。该白皮书认为，信息基础设施的建立和有效运行越来越无孔不入，使个人隐私权保护方面的问题也随之增加起来。越来越多的人将用它处理各种事务，处理范围不断扩大，如商务、娱乐、储蓄、教育、消闲，甚至保健事务。人们在国家信息基础设施上进行某种特定的操作，这些事务就会形成电子记录，这些记录易于存储和处理；而且由于个人信息记录存储、处理、传输所需的费用不断降低，通过各种迥然不同的来源积累个人信息就成为一门费用——效益比较合适的生意，可为对各种事务（从法律的执行到直接销售活动）感兴趣的信息用户提供服务。特别是在网络环境下，人们可以通过交互式的、可调的、宽频带通信网络，自己完成教育、娱乐、购物行为，甚至接受医疗保健、储蓄、参与政府事务，这些都在单一网络上进行，就有可能产生新的隐私权问题。

个人信息隐私权主要涉及到三个方面权利的侵犯问题：第一，不当收集和利用了个人资料，侵害了个人的隐私权、个人资料的享有权。第二，利用现代信息技术不当地搜集、窥视、公开他人私事（私生活）即构成对他人隐私权的侵犯。第三，个人自主、独立生活的权利或独处的权利，它主要保护个人可以独立自主地、不受干扰地生活的权利。如果商家或好事之人在他人的电子信箱中不断地投入垃圾邮件，使用户不得不花费大量的时间去一一收取、查阅、删除或处理这些邮件，这不仅增加用户的成本（上网费）、浪费时间和精力，而且极大地干扰、破坏了个人生活安宁、不受侵扰的权利。还有黑客对个人资料的攻击、破坏，既可能是构成对他人财产权（信息或数据权利）的破坏，也是对个人生活领域的侵犯。这与侵入他人家里破坏和偷窃没有什么不同。

2. 知情权概述

知情权（Right to Know），又称为知的权利、知悉权、资讯权、信息权或了解权，这一概念最早由美国 AP 通讯社专务理事肯特·库柏（Kent Cooper）在 1945 年的一次演讲中提出，其基本含义是指公民有权知道他应该知道的事情，国家应最大限度地确认和保障公民知悉、获取信息的权利，尤其是政务信息的权利。美国印第安纳（Indiana）大学教授 Ralph L. Holsinger 在其《Media Law》中指出：“正如宪法序言中所宣称的，宪法建立了一个人民的政府。于是，很容易假定，宪法文件的部分创始人包含有这样的意图，即人们有权了解政府的信息。毕竟，如果人们准备对如何接受管理作一个明智的选择，他们就必须首先了解政府及政府人员执行公务的有关信息。这种思想在今天就体现为‘知情权’。”由此可知，知情权作为政治民主化的一种必然要求和结果，首先是公法领域内的概念。现今，随着知情权作为一项独立权利的发展演变，其外延已不断扩大，不仅涉及公法领域，也涉及私法领域，如消费者知情权即是知情权扩展至司法领域的具体表现。

（1）知情权的概念。知情权的概念有广义与狭义之分。广义知情权是指知悉、获取信息的自由与权利，包括从官方或非官方知悉、获取相关信息。狭义知情权仅指知悉、获取官方信息的自由与权利。随着知情权外延的不断扩展，知情权既有公法权利的属性，也有民事权利的属性，特别是对个人信息的知情权，是公民作为民事主体所必须享有的人格权的一部分。而狭义的知情权仅指公法领域内的一项政治权利，故现在的知情权概念一般



是指广义的知情权。

(2) 消费者的知情权。我国《消费者权益保护法》第八条明确规定,消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。消费者有权根据商品或者服务的不同情况,要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成分、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务,或者服务的内容、规格、费用等有关情况。并且依据《产品质量法》第二十七条,产品或者其包装上的标志必须真实,并符合下列要求:

① 有产品质量检验合格证明;

② 有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址;

③ 根据产品的特点和使用要求,需要标明产品规格、等级、所含主要成分的名称和含量的,用中文相应予以标明;需要事先让消费者知晓的,应当在外包装上标明,或者预先向消费者提供有关资料;

④ 限制使用的产品,应当在显著位置清晰地标明生产日期和安全使用期或者失效日期;

⑤ 使用不当,容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品,应当有警示标志或者中文警示说明。

在传统交易方式中,消费者可以现场看货、验货并咨询相关信息,这可以有效地保证消费者在确切了解商品的条件下作出购买决定。但是,网上交易中,消费者无法实际查验商品,也无法直接询问卖主,其购买决定完全依赖于经营者单方信息披露。然而,我国现有法律对经营者的告知义务规定甚少,《产品质量法》只涉及了商品信息的披露,对于生产经营者信息以及消费交易信息,现行法律没有作出强制性要求。

为了解决这一问题,应在法律中明确经营者的各方面信息披露义务,并且对于披露的形式和要求也可以作出具体规定。同时,应该配套建设完善的资信体系,使消费者可以清楚地了解经营者的真实信息、资质证明、经营情况以及信用状况等相关资料,以利于他们在购买商品时作出正确的选择。

7.1.2 个人信息隐私权的保护

1. 个人信息

个人信息也称为个人资料,范围非常广泛,包括一切有关个人身份、生理的、思想的、生活习惯、社会关系等方面的信息。一般包括姓名、职业、履历、病历、婚姻、健康状况、住址、电话号码、银行账号、保险情况、特殊爱好、宗教信仰等。我国台湾省于1995年8月21日正式实施的《电脑处理个人资料保护法》(简称《保护法》)和公布的《计算机处理个人数据保护法实施细则》(简称《实施细则》)对法律应当保护的个人资料作了详细的规范,可以作为借鉴。

依据《电脑处理个人资料保护法》及《实施细则》,个人资料指尚生存自然人的足以识别该个人的资料,包括自然人的姓名、出生年月日、身份证统一编号、特征、指纹、婚姻、家庭、教育、职业、健康、病历、财务情况、社会活动及其他足以识别该个人之资料。

1996年8月公布的“计算机处理个人数据保护法之个人资料类别”又将个人资料细分为识别类、特征类、家庭情形、社会情况、教育、技术或其他专业、受雇情形、财务细节、商业信息、健康与其他各类信息等10大类共133项个人资料类别。

注意，这里的个人，仅指自然人，不包括法人。在这一点世界各国基本上是相同的。这主要是因为个人资料是基于保障个人的隐私权而来，一般我们不提法人的隐私权。另外，个人资料指尚生存自然人足以识别该个人的资料，不包括已经死亡者的个人资料。

2. 个人资料所有者的权利

个人资料属于个人所有，这是个人隐私权自然推导出来的一个结论。这也就意味着个人对于个人资料拥有民法上权利。这些权利大致包括：

（1）控制权。资料主体对有关本人的数据享有最终的决定权，他人收集、使用这类数据必须经本人的同意，否则就构成侵权。

（2）收回权。对于他人合法或非法取得的有关个人资料和数据，资料主体有权收回或取回。

（3）知悉权。资料主体有被告知或要求资料使用人告知其个人信息被收集、处理、使用的情况。

（4）修改权。资料主体有要求使用其资料、数据的用户或者有关政府机构对其档案中不准确、不恰当、不适当或者不完整的部分进行更正的权利。

（5）请求司法救济权。对于任何侵害他人个人资料的行为或资料主体权利得不到实现时，权利人都要求排除妨害、赔偿损失等法律救济。

上述五种权利既是法律对个人资料保护而赋予的个人权利，也是个人资料隐私权的主要内容。

3. 个人资料的不当利用

现代社会随着人们对信息资料的重视，无论参加什么社会活动，如公务活动或营利性活动都有可能留下个人资料，因此，在合理的范围内，个人资料被公开和利用是一种非常正常的事情。但是，如果超出了这个合理范围，就应当认为是不正当利用。大致说来，对个人资料的不正当利用主要有以下一些情形：

（1）未经当事人知晓或同意收集个人资料。为了网上购物或接受其他信息服务，消费者必须提供个人信息，如姓名、电话、地址、邮编、身份证号、信用卡号等，甚至与消费者直接关系的购物偏好、健康记录等。更严重的是，可能在你上网时，你的个人信息被网站毫无声息地收集。

以下的收集均是不正当的：在收集信息时，并不告诉个人为什么需要这些信息，特别是要公开或收集与所从事交易无关的信息，如个人身份证、驾照或社会保障卡号；收集的个人资料往往是不完全的、过期的、不正确的，而个人又没有办法取消或改正这些错误的信息，个人资料保存缺乏安全性、保密性。除了从网上收集外，擅自或不当收集还包括从杂志订单、交易客户信息等途径收集的个人资料。

（2）个人数据二次开发利用。在接受服务或从事交易过程中，提供必要信息只允许用于其本身目的，而不能用于其他目的，更不能散发或传播甚至出卖个人资料。未经当事



人同意,个人资料被用于与收集的个人资料事由无关的目的即为不正当的利用。不当利用表现之一即为个人资料的二次开发利用,即商家利用自己所收集掌握的个人资料建立起各种类型的资料库,从中分析出一些个人并未透露的信息,进而指导其营销战略。

(3) 个人资料交易。个人资料被不当利用还表现为个人资料被擅自用于交易。个人资料交易有两种形式,一种是商家之间相互交换各自收集的信息,或者说是与合作伙伴共享信息。这种共享使个人资料用于交易以外的目的,使个人资料有可能被更多的商家知晓和利用,无异于变相侵害个人隐私。另一种是将个人资料作为“信息产品”销售给第三人或转让给他人使用,第三人可能用于其他目的。由于它将个人资料商品化,是对个人隐私侵犯最为严重的一种侵权行为。

(4) 对个人资料的失控。在网络环境下,个人对于自己信息的控制能力和抗干扰能力下降,在许多情形下,无法确保避免从他那里获取信息的用户的干扰,无法拒绝未经请求的垃圾信息:当事人无法发现谁为了什么目的拥有他们的什么资料,更没有办法从不愿意让其使用的人那里撤回这些信息。所有这些均意味着网络环境下个人隐私保护的新问题。

4. 各国与国际组织保护消费者隐私权的法律对策

由于我国隐私权的保护问题直到目前还没有一部完整的法律,尤其在网络和电子商务领域中有关隐私权的保护问题更是一个空白。因此,我们主要介绍一些其他国家与国际组织有关隐私权方面的法律规定,并以此为借鉴。

(1) 经济合作与发展组织(OECD)。经济合作与发展组织(OECD)已经通过了一系列关于保护消费者和鼓励全球电子商务持续发展的指导原则,这标志着该组织在鼓励企业和消费者进行跨国电子贸易方面所取得的重大进展。

① 制定了《电子商务环境下的消费者保护准则》。经济合作与发展组织制定《电子商务环境下的消费者保护准则》呼吁从事电子商务的企业:

- A. 公平地进行贸易、广告和市场营销等商业活动;
- B. 向消费者提供关于企业、产品或服务、交易条款和条件的准确无误的信息;
- C. 交易的确认过程应做到透明化;
- D. 要建立安全的支付机制;
- E. 及时地、公正地、力所能及地解决纠纷和给予赔偿;
- F. 保护消费者的个人隐私;
- G. 向消费者和其他企业进行电子商务宣传。

上述准则只适用于企业对消费者的电子商务模式,而不适用于企业对企业的电子商务模式。值得注意的是,准则并没有明确提及在发生跨国电子商务纠纷时的司法管辖问题,而是仅仅提到“应当考虑现有的(涉及跨国交易的)法律和司法管辖体系是否应当予以修改或作不同的应用”。

在总原则上,准则强调的是如何对消费者进行保护,而不是如何保护企业不受有欺诈行为的消费者的侵害。

② 制订了《电子商务行动计划》。OECD制订的《电子商务行动计划》强调要建立用户和消费者的信任。随着电子环境下的商业活动的日益发展,消费和商家将期望他们使用

的网络服务是安全可靠的；他们进行的交易是没有风险的；他们能够验证有关交易和交易对方的重要信息。消费者要求能控制对他们个人数据的收集和使用；确认并能够使用纠正错误的机制。如果可信的技术和政策能够到位，以便解决可能出现的失误、公众教育纠错和防范滥用等问题，那么就就可推动电子商务的增长和使用。

1969 年以来，OECD 一直在国际上讨论与消费者相关问题方面起的带头作用。目前 OECD 的工作集中在：在鼓励发展全球市场的同时，通过增强消费者对电子商务的信心帮助人们应付由于网络环境的进展而带来的种种挑战。

OECD 通过的“在电子商务环境下保护消费者部长宣言”强调了要保证向参与电子商务的消费者提供透明而有效的电子交易保护措施。

OECD 将继续讨论在电子商务环境下与消费者有关的问题，并鼓励就与消费者保护有关问题交换信息。

另外，自 1980 年以来，OECD 在保护个人隐私和个人数据方面一直很活跃。它曾出版了“保护个人隐私和跨国界个人数据流指导方针”（1980 年）和“跨国界数据流宣言”（1985 年）。最近，在征求私营部门意见的基础上，开始考虑如何在国际网络上实施 1980 年指导方针中提出的个人隐私的基本原则。OECD 通过的“在全球网络上保护个人隐私部长宣言”再次确认了保护个人隐私的重要性。该宣言认为，1980 年 OECD 指导方针中拟订的原则继续为在任何媒体上保护个人隐私提供了一个国际性基础，各国应当共同工作并联合私营部门，以确保这些原则能在一个开放的全球网络环境下得到有效的贯彻执行。背景报告“全球网络的个人隐私”为“宣言”设定了框架，并就跟踪 OECD 未来工作的发展和方向的各项活动提出了建议。

OECD 还制定了保护消费者个人隐私权的具体措施：

A. 支持成员国交换有关保护全球网络的个人隐私的信息；汇报它们在实现“宣言”的目标方面所作的努力和取得的经验。

B. 研究在实施 OECD 有关全球网络的“个人隐私指导方针”过程中出现网络环境下实施指导方针提供实际指导。此外，要考虑到各成员国制定的保护个人隐私的不同措施，并向各成员国和私营部门吸取经验。

C. 在工商界为全球网络提供个人隐私保护开展工作时与他们合作。与此同时，也要与有关的国际组织和地区性组织合作。

（2）美国。进入电子商务时代后，美国为了促进本国电子商务的快速、健康发展，先后下达了一些关于保护网上隐私权的指导性文件，并制定了一系列保护网上隐私权的法律。

1997 年 7 月，克林顿总统发表《全球电子商务框架》，在这篇具有重要指导意义的文件中，对保护个人隐私权问题作出了较为透彻的剖析。美国第一部关于网上隐私的联邦法律《儿童网上隐私保护法》于 2000 年 4 月 21 日起生效，从即日起在网上收集 13 岁以下儿童个人信息的行为将被视为违法，可处以上万美元的罚款。这部旨在保护儿童隐私的法律规定，网站在收集 13 岁以下儿童的个人信息前必须先征得其父母的允许；否则，每违规一例将被处以 11 000 美元罚款。美国在线（AOL）发言人说，根据这项法律，该公司已将所有未满 13 岁的登录者的个人信息全部删除。以后，13 岁以下的用户将使用一种处于 AOL 家长监控系统检测之下的个人信息登记表。这类用户在网上活动受到一定的限



制。一些隐私权倡议组织说，他们正在密切关注这部法律的实施情况，并将根据它的效果来决定采取何种措施来保护所有美国人的隐私权。

纽约州参议员已就倍受争议的网上收集个人资料等问题推出新的立法建议。据悉，该项建议旨在针对网络广告商涉嫌不当收集并使用网络用户的个人资料而引发的争议。这项立法建议严禁企业收集并共享能够鉴别个人身份的资料。立法发起人指出，该建议的基本出发点在于人们有权知道谁在收集，以及如何使用他们的个人资料。

(3) 欧盟。欧盟于1999年10月25日颁布保护网上有关个人资料的法令。欧盟的法令是为保护15个成员国消费者网上个人资料不受侵犯而制定的。所谓个人资料，主要包括个人身份、居住、财产、健康状况及其他个人所拥有的一切资料，其中较为敏感的是个人信用卡账号和密码。欧盟法令规定了严格的个人隐私保护条款，以确保个人资料通过互联网在15个成员国之间自由流通。但是，如果欧盟之外的某个国家在网上保护个人资料的能力没有达到“适当”的水平，欧盟各成员国有权禁止与该国进行网上个人资料数据传输，而美国便是不符合欧盟规定的国家之一。在与欧盟的谈判中，美国建议让美国公司自己规范本身的行为，并作为折中建议，提出了旨在指导美国公司和机构向欧盟标准趋向的“安全港”原则，美国商务部长戴利表示，美国对保护消费者隐私的一贯态度是：商界人士应在个人行为方面严格自律，政府不应施加过多的限制。此外，美国联邦贸易委员会最近声明，它已向国会提议不必制定新的互联网保护法律。美国的英特尔等大公司最近也都表示，无需政府制定法律来保护互联网用户的隐私，高科技公司有能力和能力控制自己的行为。

而欧盟方面则认为，让美国公司自律会造成自行其事的后果，美国人的行为准则很难保证欧洲消费者的利益，而当美国公司损害欧洲消费者的利益时，欧盟将无法可依，很难控告他们。

欧盟与美国最终就如何保护电子商务交易中的隐私在原则上达成一致意见。欧盟与美国双方可以在不考虑欧盟隐私条令的情况下从事电子商务活动。该条令使得欧盟当局有权终止那些没有向相关部门提出申请的企业的网上数据传输。美国公司很快将可以通过向包含一系列网络协议的“安全港”提出申请的方式与欧盟成员国的公民和公司进行网上交易，但同时须按照美国相关政策承诺遵从自我约束的隐私原则。根据目前已达成的总体协议，网上交易公司在收集个人信息时必须就相关信息的用途向用户发出通知，在该信息被用于除最初收集目的以外的其他目的时也须通知用户。此外用户还有权获得了解上述信息的网上途径。自我约束的网上交易公司如未经“安全港”监视机构批准擅自开展业务，则该公司将会受到联邦贸易委员会、司法部以及州总检察官从事欺骗性经营活动的指控。

(4) 中国香港。随着电子商务时代的来临，我国香港特别行政区政府格外重视个人隐私权保护，为此专门颁布了《香港个人资料（私隐）条例》。香港对网上隐私权保护主要采取以下政策。

① 针对企业规定：应为浏览网页者及消费者提供使用匿名身份的选择；应制定个人资料隐私政策；应在本企业网址上展示上述政策；在收集敏感性资料时应采取加密措施。

② 针对工商界规定：应按照个人资料隐私法律上规定的原则，或根据政府及私营机构共同制定的认可准则，为会员制定资料隐私事务守则，同时负责监管和处理投诉。

③ 针对政府规定：政府应设立专门的管理机构，保证《消费者权益法案》的执行。此外，还应在公众教育、服务市民、监督新科技的使用等方面起到应有的作用。

在香港还设立了个人资料私隐专员公署。该公署十分关注网上隐私问题，并与消费者权益保护委员会携手研究在因特网及电子贸易中的安全措施，以保障消费者的权益。该公署在2000年4至11月，向270个没有遵守私隐条例的网址进行调查，发现在发出警告后，有九成网址已按法例规定，列出收集个人资料声明，写明收集资料的目的，较之1999年只有三成网址列出声明，情况有所改善。但调查发现，只有四分之一的网址显示了其如何对待隐私问题的政策。对经过公署警告，但仍未作出回应的网址展开调查，然后可能会发出执行通知，指令这些网址尽快采取改善措施。营运者若违反执行通知即属犯罪，违例者一经定罪，最高可罚款5万港元及监禁两年。

由于文化上的差异等原因，我国对于隐私权保护滞后于其他国家。我国至今尚未出台任何关于个人资料或隐私保护方面的专门立法。面对信息技术发展，电子商务推行，隐私权保护问题无疑应当提到议事日程。下面，结合“邮政局泄露个人资料案”谈谈这方面的问题。

2000年夏，家住上海市大统路统北村的王某收到了上海市邮政局寄来的“用户征询表”，要求填写姓名、住址、电话、收入情况等项目。本着对国家邮政的信任，他填写了表中部分内容。同时为了防止个人资料泄露，他特地在“用户征询表”上阐明自己的观点：所填写的个人资料不得泄露给商业企业从事营利活动。2000年12月15日，王某却收到了一封由上海市邮政商函局寄来的易购365广告函。信封上同时有市邮政商函局和易购365两家单位落款。王先生认为，此举违反了《民法通则》关于“公民享有姓名权……禁止他人干涉、盗用、假冒”的规定。于是12月19日向闸北区人民法院递交了起诉状，状告上海市邮政局未经允许泄露个人资料，上海市邮政商函局、上海富尔网络销售有限公司（易购365设立人）盗用公民姓名、地址等个人资料从事营利活动。

专家认为该案是因征集个人信息而引发的一起案件，且具有典型意义。在本案中，个人信息征集人为市邮政局。邮政局作为一种提供邮政公共服务企业，其征询表，显然是用于征询用户对邮政服务的意见或建议，其中可能涉及到用户的姓名、住址、邮编、电话等个人资料。也就是说最初用户信息的征集服务于邮政服务调查这项目的的。但是，该资料却被邮政商函局利用，用于为商业企业进行广告服务。尽管邮政商函局与邮政局存在关联关系，但是毕竟是不相同的两家企业，因此，邮政局将该信息提供给邮政商函局（假如事实确实如此的话），是不正当的，它违背该信息征集的目的；同时王某也明确表明该信息不得向商业企业披露，邮政局更不能违背个人资料所有权人的意志而转让信息。因此，邮政局滥用了征集来的个人资料控制权，侵犯了个人资料专用权或隐私权。尽管该案因当事人庭外和解结案，但它留给人们的思考是深刻的，同时对我国个人资料征集和征集个人信息的使用立法也提出了挑战。

7.1.3 电子商务中消费者知情权的保护

当我们进行网上购物时，一切都是虚拟的，消费者在交易的过程中根本接触不到商家，更不能亲身感受到商品的相关信息。能了解商品最根本的途径就是广告，消费者一般通过网上广告宣传来了解商品信息，所以广告对于消费者知情权的行使起了很大作用。因此，



网络宣传性广告必须客观真实,从而引导消费者在整个过程中作出正确的判断。电子商务法首先要保护消费者在进行网上活动和购物过程中,有权了解真实的商品或者服务信息,即向消费者提供商品和服务的广告及其相关信息是客观的、真实的。在网上发布虚假的、不真实的广告,不仅违反了商业道德和诚实信用原则,更重要的是侵犯了消费者的知情权。我国《反不正当竞争法》第九条规定:“经营者不得利用广告或者其他方法,对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。”网络广告纷繁多样,消费者很难就某种商品或服务及其真实的使用价值和价值作出较为准确的判断,处于非常不利的被动地位,他们往往会因各式各样的极具诱惑的广告而被掩住耳目,失去判断力。加之在虚拟空间里,消费者不直接接触到商品,也就更加依靠广告的提示来判断此类商品是否就是自己所需要的。

同时,消费者购买决策的作出,也都是基于对商品真实情况的了解,若对商品作出引人误解的宣传,就会对消费者产生误导,这种情况下不但欺骗了消费者,更侵犯了其合法权益。可见,网上作出的宣传性广告牵引着消费者的消费倾向、消费欲望。所以,不真实的广告信息会影响消费者作出错误的判断,买到不称心的商品会让消费者感到自己在网上购物容易受骗,从而对网上购物丧失信心,给电子商务这一新兴产业在发展道路上造成障碍。因而,保证消费者在网上获得真实的商品或服务的信息,是电子商务法严格遵从的原则,也是电子商务得以健康发展的基础。

在决定购物之前,消费者有权利了解一切与商品或服务有关的信息。具体包括三方面内容:

(1) 消费者要了解产品或服务的基本情况,主要包括商品的名称、注册、商标、产地、生产者名称、服务的内容、规格、费用等。

(2) 消费者要了解商品的技术指标情况,主要包括用途、性能、规格、等级、所含成分、使用方法、使用说明书、检验合格证明等;例如,消费者在网上买手提电脑、家用电器或酒类等商品,都须了解商品的技术指标情况。

(3) 消费者要了解商品或者服务的价格及商品的售后服务情况。价格和售后服务情况是交易的关键性内容,直接关系到消费者的切身利益。

只有在了解到商品的相关信息后,消费者才能作出是否购买的决定。在传统消费情况下,消费者的知情权可以主动行使,但是在网上就不同了,知情权的实现就完全依靠网络服务经营者所提供的商品的相关信息。1997年5月20日,欧盟通过了《关于远距离合同订立过程中对消费者保护的指令》,“远距离合同”就涵盖了企业和消费者之间通过销售方的远程销售网络。其对消费者的首要保护措施就是规定了“预先告知条款”,该条款规定,在远程合同订立前,货物或服务供应商有义务向消费者提供有关供应商身份、货物或服务性能特点、价格、送货费用、付款及送货方式、消费者撤销订购的权利、可能计入远程通信的费用、报价的有效性等信息。

依目前我国网络商城状况看,一些商品能满足消费者的知情权,可是在网上购买信息化商品和服务时消费者的知情权就得不到满足,原因在于网络服务经营者在软件销售界面上仅仅提供了价格及很小的一张图片,并没有对软件内容进行具体介绍,以致消费者在不知晓此类商品具体信息的情况下就要接受格式合同并付款,这显然没有满足消费者的知情权。这类商品,如果消费者决定购买并且通过网上银行支付了现金,当网络服务经营者将

商品从网上直接传递给消费者之后，消费者却发现此软件并非自己所需，便要求退货。而网络服务经营者则又怀疑消费者在退货前已经将软件复制，因而拒绝退货。导致这种双方僵局的直接原因，就是在消费者购物之前，网络服务经营者没有充分满足其知情权。所以，消费者要求退货是其正当的权利，应该支持。反之，如网络服务经营者提供了商品的充分信息，消费者又无正当理由要求退货的话，根据软件产品可随意复制这一特殊情况，网络服务经营者有理由怀疑产品已被复制而拒绝退货。

以下是一则有关消费者知情权的案件：大连网民王一楠状告邮电局案。

1999年6月，大连网民王一楠就ISP（网络服务提供商）服务质量问题一纸诉状将大连市电信局推上了被告席。法院于同年6月8日受理此案，并于同年7月20日开庭审理了此案，同年8月16日作出判决。据有关报纸报道，这是国内首例ISP服务质量诉讼案。

王一楠作为一名普通的网民，于1998年8月通过大连市电信局提供的服务拨号上网。王一楠每月上网时间不到10小时，但网费不低，且月月上涨：1998年11月网费近300元，12月网费达到700元，1999年1月超过1000元。开始，王一楠以为是上网时间过长，但经过查询，得知这些网费几乎全是“磁盘存储费”（电信局规定：所有拨号上网用户电信局在本地服务器上给一个电子信箱，但平均每天免费存储IM字符，超量按0.2元/千字符计费）。从1999年2月份开始，王一楠发现“磁盘存储费”以每天近百元的速度递增。王一楠于是找到电信局，请工作人员解释。工作人员打开了王一楠的信箱，发现信箱里装满了王一楠自上网以来发出的近600封电子邮件。也就是说，是这些王一楠曾经发出的信造成大量的“磁盘存储费”。可这些曾经发出的信怎么会留在自己的信箱里的呢？王一楠要求工作人员予以解释，可工作人员没法予以解释。后来，王一楠回家仔细寻找发信软件的有关设置。结果发现，他用的浏览器Netscape Navigator Gold3.03的菜单里有一项Options，里面有一项Mail and News Preferences，点上后出现设置选项，在Composition里他无意在By default，E-mail a copy of out going message to: Mail Messages:后面添入了自己的电子信箱地址。结果，王一楠所有发出的信都留了一个复制在他的本地服务器的电子信箱里。

王一楠在诉讼中声称，作为一名普通用户，他根本不知道如此一个设置会造成共2500多元的损失，他也询问过多名网友，许多网友也不知道这个设置。因此，王一楠认为，他已具备了作为一个普通用户应具备的有关知识，而以上的那个设置以及是否会因这样或那样设置会造成巨大损失，已超出了他应当具备的相关知识的范围。大连电信局作为服务商，有义务警告或提醒用户设置及后果，但在电信局给用户的指导材料里根本没有有关警告或提醒。所以，他认为大连电信局在服务中有疏忽责任，因此产生的全部损失应由服务商电信局来承担。

电信局的态度是，王一楠的损失不是由电信局的操作失误造成的，而是王一楠自己设置失误造成的，与电信局无关；如果是用户Netscape的设置失误，那应当找Netscape公司。

大连市中山区人民法院的一审判决如下：驳回原告王一楠的诉讼请求。案件受理费120元，由原告负担。”

专家则认为，大连电信局应承担一定责任。因为《消费者权益保护法》第十八条规定，经营者对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的



警示。那么电信局的服务是否危及到了用户的财产安全了呢？从案情介绍中我们可以看出，在用户按照服务商的要求进行了操作后，仍在不知情的情况下财产呈递增趋势大量流失。难道这还不构成危及用户的财产安全吗？因此，电信局对该项设置有指导义务。至于原告已经具备了一般计算机操作常识，而本案所涉及的设置选项，已经超出了一般用户应具有的知识范围，特别是可能危及人身、财产安全的服务，更应该向消费者作出真实的说明和明确的警示。

问题发生的另一根源是电信局对磁盘使用空间收取费用，如果当用户存储信息超量的时候，电信局有无义务对用户进行预先警告？作为消费者是否有这样的知情权呢？

7.2 消费者索赔权的法律保护

7.2.1 电子商务中消费者索赔权履行中存在的问题

消费者的损害赔偿权，又称求偿权或索赔权。事实上这种权利的前提就是消费者在网上交易的过程中或使用商品和服务后，其人身或财产受到损害时所享有的一种经济权，可以通过这种权利的行使给消费者的损害带来适当的补偿。根据我国《消费者权益保护法》第二十三条规定：“经营者提供商品或者服务，按照国家规定或者与消费者的约定，承担包修、包换、包退或者其他责任的，应当按照国家规定或者约定履行，不得故意拖延或者无理拒绝。根据《民法通则》第一百九条有关侵权的法律规定，就可以追究商家的侵权责任，要求损害赔偿。而在网络交易中，由于消费者和商家互不见面，我们首先要考虑到，当消费者利益受损时，应该找谁请求赔偿？其次，为保护消费者的合法权益，许多国家的法律赋予消费者有在一定期间内试用商品并无条件解除合同的权利。这无条件退货或解除合同的期间，被称为“冷却期”或“犹豫期”。而我国法律目前尚无“犹豫期”的规定，现有法律对消费者的保护明显弱于犹豫期内的解除权的保护力度。依据我国目前的法律规定，只有存在国家规定或合同约定的前提下，消费者才可行使相应权利，并且，行使权利也未必即能解除合同，而可能仅要求经营者修理或更换不合格的商品。但时，在网上交易中，消费者无法切实接触货物，从而其作出错误购买决定的可能性便大大增加，而该项规定无疑加重了消费者因经营者不如实履行信息披露义务而导致的错买的责任，对消费者十分不利。

此外，该项规定无法解决电子商务环境下的一个特有问题：数字化商品交易中的退货问题。较之有形商品，数字化商品，如CD、软件、电子书籍等，具有两个重要特征。首先，数字化商品的交易一般采取的是在线传递的方式，并且在消费者购买之前，经营者往往会给予其浏览内容或使用试用版本的机会；其次，数字化商品容易复制，而且复制成本低廉，也不会影响质量，因此，消费者购买之后，经常会在计算机中形成一个数字化商品的复制件。在这种情形下，如果一味地强调消费者的退货权，将会造成对经营者不公平的结果发生。

所以，传统的《消费者权益保护法》中关于退换的规定，在数字化商品的电子商务中，还需要重新审视与斟酌。请参阅以下小资料：

欧盟远距离规则在消费者享有“冷却期”或“犹豫期”方面规定得最为详细。

根据欧盟《远距离规则》，除非有例外情形，在货物交付或涉及服务条款的合同缔结日起7日以内（即冷却期），消费者享有无条件解除合同的权利。在供应商没有以适当方式提供必要信息的情况下，冷却期将延长3个月；如果信息是在7天之后提供的，那么，从信息提供之日起算。一旦合同被解除，供应者必须在收到通知30天内退还消费者支付的任何款项；任何相关的信贷协议也自动解除。

但是，在归于消费者自身的原因或商品本身的特性不能解除合同的情况，消费者一般不能主张退货或解除合同。这即是犹豫期的除外情形。根据《远距离规则》规定的例外情形有：

- （1）服务的契约本于消费者同意，服务已经开始，而在7天期间届满者；
- （2）货物或服务的价格随金融市场波动而变化非供应者所能控制者；
- （3）所销售的商品系应消费者所定的规格或个人化需求或商品依其本质无法退货或易于恶化或过期；
- （4）视听记录或计算机软件一旦被消费者启封（因此，从因特网上下载了计算机软件后，消费者即无权解除合同）；
- （5）报纸、期刊与杂志订阅合同；
- （6）游戏或射幸合同。

7.2.2 电子商务中消费者索赔权的保护

依据《消费者权益保护法》消费者在购买、使用商品时，其合法权益受到损害的，可以向销售者要求赔偿。销售者赔偿后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的，销售者有权向生产者或者其他销售者追偿。消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的，可以向销售者要求赔偿，也可以向生产者要求赔偿。属于生产者责任的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。属于销售者责任的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。消费者在接受服务时，其合法权益受到损害的，可以向服务者要求赔偿。《产品质量法》也规定，产品有下列情形之一的并造成损失的，消费者可以要求销售者赔偿损失：

- ① 不具备产品应当具备的使用性能而事先未作出说明的；
- ② 不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的；
- ③ 不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的。

因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产（以下简称他人财产）损害的，消费者可以要求生产者承担赔偿责任。这些规定同样适用于网上交易。此外，针对网络经营者不如实履行信息披露义务甚至作出虚假宣传，欺诈、诱骗消费者的情况，可以适用《消费者权益保护法》第四十九条“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍”。消费者有权要求经营者承担赔偿责任。

此外，就数字化商品交易中的退货问题，可以参考欧盟《远程保护指令》第六条中“视



听产品或计算机软件已被消费者拆封即不得解除合同或退货”的除外规定，可考虑对我国现行法律中的退货权予以补充规定，即对于数字化商品，除非信息不完全或有严重错误或含有病毒等破坏性程序，一般情况下，消费者不应再要求退货。

7.3 消费者公平交易权的法律保护

7.3.1 电子商务中消费者公平交易权实现中存在的问题

消费者公平交易权是指消费者在进行购买商品或者接受服务过程中享有的与生产经营者进行公平交易的权利。公平交易权目的在于消除因消费者在交易中的弱势，校正交易中的不公平现象。这种权利不因消费者在网上或网下交易而有任何差别。我国《消费者权益保护法》第十条规定：“消费者享有公平交易的权利。消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。”

所谓公平交易，就一般意义而言是指交易双方在交易过程中获得的利益相当，而在消费性的交易中，就是指消费者获得的商品和服务与其交付的货币价值相当。电子商务法赋予了消费者公平交易的权利，即指消费者在网上进行交易时，享有获得公平的交易条件的权利。这种公平的交易条件包括商品质量保障和合理价格。在传统的消费领域中，相同的商品在不同场所的消费价格就大不相同，比如一瓶饮料在市场销售，其最低价格可能是2.5元，而最高价格则可能是10元，甚至更高。相同的消费品就有如此大的价格差，这是由于人们在不同的消费场合所决定的；网络购物则是一种全新的购物空间，由于简单，快捷并在发展的初期，给了大众新鲜好奇的购物新感觉，但无论消费者是以何种心态进行网上购物，其所选的商品或服务都是自己的需要，网络服务经营者不能因购物空间的改变和特殊，就故意抬高商品的价格。

所谓价格合理，即商品或服务的价格应该符合国家物价规定，基本与其价值相符。价格是否合理，直接关系到消费者的财产利益是否得到实现。传统消费者还有讨价还价的余地，而网络消费者所拥有的只有一个网络平台和一个鼠标，仅根据网上所提供的商品信息，自己来判断商品与服务的价格与其本身的价值是否相当。这种自始至终的“自己搞定”购物方式，很容易使消费者被网上的虚假信息所骗而进行不公平交易，也就更加强调网上商品价格的合理性。我国《价格法》第十四条第四款规定：“经营者不得利用虚假的或者使人误解的价格手段，诱骗消费者与其进行交易。”在线商场提供的商品价格必须合理，要做到货有所值，质价相符。

消费者购买商品或者接受服务，有权获得质量保障。商品和服务质量的好坏，是消费者公平交易权能否得到满足的关键，网络消费者有权要求从网上购买的商品符合国家规定的质量标准，尤其是可能危及人身及财产安全的商品，更应保证其质量。在网络商场这种新兴购物模式的发展过程中，应当反对以假充真，以次充好，以不合格产品充当合格产品的现象。

另外，网上购物很重要的一环就是要通过网络与商家签订相关的合同，这些合同一般采用格式合同的方式以节约消费者的时间。消费者在电子商务中经常遇到的是“点击合同”，即消费者通过网络双击“同意”或者“接受”而订立的电子商务格式合同，其内容一般是商家事先已经准备好的固定的条款。一方面，由于其合同条款已经固定，没有另一

方的意思表示，所以在具体执行中难免会对合同的效力 and 约束力等产生异议；另一方面，由于其条款完全由商家制定，难免会存在一些有违公平合理、等价有偿原则的条款，比如类似无论商品有何瑕疵，消费者只能请求免费修理，而不能退货或求偿的条款等，这样自然就会产生消费者认为这些合同有违我国民法的基本原则而请求认定无效的异议。

网上合同的效力问题主要涉及以下几方面：消费者通过网络以双击“同意”键订立的合同是否具备承诺的要件而可以使合同对双方产生约束力；由于消费者一般情况下不可能也不会仔细阅读网络购物合同中复杂而繁琐的条款，一旦这些合同存在违反诸如诚信、公平等民法基本原则，如何判定这种合同的效力？这些问题直接关系到进行网络购物的消费者的利益。

7.3.2 电子商务中消费者公平交易权的保护

对于电子商务中消费者公平交易权的保护，我们主要介绍一下国内外对网络交易中格式条款的法律规制。在电子商务交易中，由于当事人双方不能面对面谈判，经营者经常采用格式条款来订约，经营者与消费者通常只通过已经格式化的合同进行交易，消费者只有接受或者拒绝的权利，而不能就合同条款进行讨价还价。这种格式化的条款有的是采用俱乐部章程的形式，或者是采用顾客须知的方式，还有的是采用网站规则的形式出现。在网站中，具体涉及消费者的各种不公平条款主要有：经营者减轻或者免除自己责任；不合理地分配风险，特别是将系统故障、第三人行为等因素造成的风险归由消费者负担；举证责任转移；约定有利于经营者的纠纷解决方式等。

鉴于网络上格式条款对消费者权益形成的障碍，各国或国际组织都以立法的形式对网络交易中的格式条款进行规制。如美国的《统一电子交易法》（UTEA）不允许以格式合同中的模糊不清条款或隐藏条款强迫消费者接受。该法律认为，消费者是否同意以电子方式进行交易，必须由上下文和周围的情势包括当事人的行为决定。另外《统一计算机信息交易法》（UCITA）第一百一十一条则对消费者签署的有失公平的合同提供了救济，即如果法院发现一个合同或其中的某一条款在制定时有失公平，法院可以拒绝执行该合同，或执行该合同中除有失公平条款之外的条款，或限制该有失公平条款的适用以避免造成有失公平的结果。经合组织（OECD）的《电子商务中的消费者保护指南》中也指出：电子商务经营者应当根据公平原则进行交易；不应有虚假陈述等欺骗、误导消费者的行为和其他导致消费者利益损害的不合理风险分配行为。

我国对于格式条款的规制主要依据《合同法》。《合同法》第十条规定：“当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。”点击行为可以看成“其他形式”。在点击合同情形下，由于当事人在签约时完全可以了解合同的内容，所以，对于这种方式成立的网上合同，如果其具备合同成立的要件并符合我国民法中诚实信用、等价有偿的原则，则更容易被法院承认其效力。此外在《合同法》第三十九条至四十一条的也有相应规定，但这些规定均属于对于格式条款的一般规制，并不考虑电子商务的本身特点，因此其作用有限。为了保护网上消费者的公平交易权，未来立法中应当就电子商务中的格式条款问题作针对性的规定，应结合电子商务特点赋予其三项基本权利。

（1）事先获悉及审阅格式合同条款内容的权利。原则上，消费者必须在最初接触商品之前或之际，有机会查阅格式合同，并以明示同意或以其他类似方法表示同意，单纯的



未反对的表示仍不足以认为消费者已同意该条款。一般而言,在经营者的网页上会显示交易的权利义务,由消费者点选同意表示接受后方可继续完成后续程序,直到合同缔结完毕。根据我国《合同法》第三十九条第一款,提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务,并采取合理的方式提请对方注意免除或限制其责任的条款,按照对方的要求,对该条款予以说明。网上经营者单方提供的格式条款必须能引起消费者的充分注意并满足其详细审阅、自由斟酌、准确判断特定行为(如点选按键)后果的要求。若根本未赋予消费者审阅合同条款的机会,或条款不明确,或网页显示的字体难以引起注意,或以不清楚的超级链接方式链接条款内容,则无异于未向消费者明示告知,即使消费者点选同意键也可排除该格式条款的适用效力。

(2) 以格式条款内容无效而排除其适用。根据《合同法》第四十条,《消费者权益保护法》第二十四条规定,经营者不得以格式合同作出对消费者不公平、不合理的规定,或者减轻、免除其损害消费者合法权益应承担的民事责任。如当事人间给付与对待给付明显不相当;消费者负担了非其所能控制的风险;消费者违约时,负担了不相当的赔偿责任等。格式条款除因违法而无效外,提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的,该条款亦无效。这些规定同样适用电子商务中的各种交易,不能以已赋予消费者事先审阅合同机会为由否定消费者主张条款无效的正当性。

(3) 提供给消费者更正电子错误的机会,否则消费者可不受自己发出的错误电子信息的约束。比如,消费者在输入电子订单数量时将1 000错误地输入为10 000,消费者可否撤销据该错误产生的合同?为鼓励消费者从事网络交易,可借鉴美国UCITA法案的规定,对网络经营者疏于设计和提供更正错误的程序、方法而使消费者的错误表示无从更正,则消费者可不受该错误信息的约束。当然对这一错误表达应尽到善意通知经营者的义务。

总之,消费者针对电子商务合同应注意两点。

① 基于网上合同的基本有效性,要充分利用各种方式来明确双方的权利义务,以免出现不必要的麻烦;

② 对于这种格式合同,如果存在违反我国民法中的诚实信用、等价有偿以及公平合理等原则而使合同显失公平,消费者应当积极维护自己的合法权益。

以下为有关上海热线“天下有免费的午餐吗”事件,请参阅:

(China Byte 综合消息)上海热线日前宣布,它将封除所有被空闲一个月以上的电子邮件信箱,这一最新举动遭到了来自其80万注册用户的强烈反对。这家中国电信在上海的分支机构表示,它将封除闲置不用的电子邮件信箱,以缩小其免费citiz.Net服务的规模。

上海出版的《解放日报》在报道中说,当它的邮件服务器在今年早些时候达到满负荷状态之后,上海热线决定不对其邮件服务器进行升级,而是选择了关闭未在使用中的信箱。这一举动激怒了80万注册用户,其用户群必将因此缩小。

对此,上海热线争辩,它并未损害消费者的权益,此前它已经在网上公布了这次信箱关闭行动的起因,后来又在其网上用户声明中增加了一项新条款。另外,公司将重新恢复那些在发表封除声明之前注册的用户信箱。不过,该公司坚持,用户每月应至少登录一次自己注册的信箱。目前,上海热线已不再对那些仍未使用信箱的新注册用户提供免费的电



子邮件服务。

电子邮件是互联网最广泛的应用之一，大部分电子邮件服务商提供免费服务，并以格式合同形式规范其与用户的法律关系，这就产生了两个问题：免费是否需要承担责任和格式合同的法律解释。

7.4 消费者安全权的法律保护

7.4.1 电子商务中消费者安全权存在的问题

对于网上购物的消费者来说，其遇到的安全问题主要体现在人身安全、财产安全、隐私安全权、信息产品的安全和使用网络服务的安全五个方面。

1. 人身安全问题

消费者的人身安全权，就是指明消费者在网上所购买的物品不会对自己的生命和健康受到威胁。现在网络商店所提供的商品种类越来越多样化，消费者所选购的范围也越来越广，这就要求网络商品的提供者对商品的安全性有足够的质量及安全性保障。与传统的消费者一样，从网上购买商品的消费者也有获得质量合格的产品的权利。质量不合格的产品也许就会给消费者的人身带来损害，如从网上购买食品过期或变质，就很可能伤害消费者的人体健康；网上买来的家用电器缺乏安全保障，一旦出事也会给消费者带来人身伤害。给消费者的生命和健康带来损害，就是侵犯了消费者的安全权，违反了我国《消费者权益保护法》和《民法通则》的相关规定，会令消费者丧失对网上购物的信心。

2. 财产安全问题

消费者的财产安全权，指消费者的财产不受侵害的权利。通过网络银行支付货款对消费者的财产安全权有一定的威胁。由于国际因特网本身是个开放系统，而网络银行的经营实际上是变资金流动为网上信息的传递，这些在开放系统上传递的信息很容易成为众多网络“黑客”的攻击目标。目前多数的消费者不敢通过网络上传自己的信用卡账号等关键信息也是基于这个原因，就是担心自己的财产权受到侵害，这同时也严重制约了网络银行的业务发展。我国网络商场采取的支付手段还是邮寄或当面交易，在传统支付法律体系下，电子支付的交易安全就无法保障。以法律来保障消费者进行电子支付过程中的财产权，我国目前尚有困难，只能从技术上来保证消费者信用卡的密码不会被泄露，如果网络银行达不到规定的要求，就要承担赔偿责任。

3. 隐私安全权问题

隐私安全权是指公民享有的私人生活安宁与私人信息依法受到保护，不被他人非法侵扰、知悉、搜索、利用和公开等的一种权利。消费者进行各种网络消费时，往往需要提供一些个人信息，包括家庭状况、兴趣爱好、职业情况、甚至银行账户等。网络经营者或其他网上销售商搜集消费者个人资料的目的在于对这些个人数据进行二次开发和利用，以制



定相应的营销策略从而获取更多利润。但是这往往会对消费者的个人隐私产生威胁,如个人信息的意外泄露,未经请求的垃圾邮件等。对此,可以借鉴联合国 1989 年制定的《有关计算机个人数据文件的指南》所规定的个人数据收集和处理中必须遵循的安全原则,即经营者应当采取适当措施保护个人数据文件免受自然危害(如突发性的丢失或损坏)和人为危害(如非授权访问、欺骗性滥用或被计算机病毒感染)的威胁。

4. 信息产品的安全问题

信息产品安全问题不完全是个产品质量问题,而且更不容易界定。信息产品可能本身存在质量问题,给消费者的计算机或网络系统带来不安全、不稳定或易受攻击,也可能携带有或在网上传输过程中感染病毒,给消费者带来财产损失。对于信息产品安全达到什么程度,对于特殊的信息产品如防火墙或杀毒软件给消费者带来什么安全,目前法律上还没有清楚的界定。

5. 使用网络服务的安全问题

上网收发信件、上网浏览、查寻信息,网络服务提供商是否应当保障网络环境的安全并保障信件的传输安全、查寻的信息的安全或无病毒?这是属于消费场所安全,还是服务安全,是一个尚待确定的问题。

7.4.2 电子商务中消费者安全权的保护

IT 技术是电子商务发展的原动力,安全权的实现和保障需要技术和制度的有机结合。目前有效的国际通用安全技术机制包括防火墙技术、加解密技术、电子签名、身份认证等。但如何将上述技术制度化,确认其法律地位、法律效力和相关当事人的法律责任则是颇为复杂和值得研究的问题。如电子签名是以电子形式存在,依附于电子文件并与其逻辑相关,用以辨别电子文件签署者身份,传达签署者接受文件的意愿约束的符号。联合国 UNCITRAL《电子签名示范法》、新加坡《电子交易法》均赋予电子文件的合法效力和诉讼中的证据效力。在我国,2004 年 8 月 28 日,十届全国人大常委会第十一次会议表决通过《中华人民共和国电子签名法》,并于 2005 年 4 月 1 日起施行,首次赋予可靠的电子签名与手写签名或盖章具有同等的法律效力,并明确了电子认证服务的市场准入制度。电子商务认证是配合电子签名由权威的具有公信力的第三方即 CA 进行安全认证的制度,它能解决电子签名技术无法解决的信用问题。鉴于在电子商务中扮演安全卫士的特殊角色,对 CA 的资格审批、撤销需要严格立法,同时应明确 CA 与申请人及参与交易者之间的权利义务关系,规范 CA 中心承担的法律責任。

安全、可靠的支付手段是电子商务发展的关键。付款方式包括传统付款(邮寄、银行汇票、转账)和电子付款方式。电子付款的类型包括电子资金移转(EFT)、信用卡、电子现金等,可理解为以电子形式储存于芯片或计算机网络的货币价值。目前能够保障安全资金支付的技术系统是由 VISA 国际组织和 MasterCard 组织共同制定的基于信用卡交易的技术标准,由于其增加了对网上经营商店的身份认证,具有更可靠的保证,但并不能完全杜绝网上

账号的盗用和消费者个人资料的被窃和肆意公布。在我国，电子货币广泛运用的软/硬件条件目前均不成熟，传统付款方式更能增强消费者的网上购物安全感。技术的进一步开发和政府对电子货币的监管并举将是十分重要的。目前，各国对电子货币监管的对策大致有以下几种：①立法方式。通过立法增加强制性规定，拟订法定合同条款；②行政方式。建立行政主管部门对标准合同的事先审核或事后监管制度；③司法方式。由法院审查格式合同条款的效力；④由行业协会制定自律规则；⑤建立消费者权益保护组织；⑥强化舆论监督。

案例分析

网上购物遇假，责任谁担？

原告：某电大女生

被告：某网络信息服务公司

原告于2000年上半年在被告网上订购了“KOSE特效啫喱”一瓶，后发现系假货。为进行网上购物纠纷诉讼的需要，原告于2000年8月29日前往公证处，申请对其在网上购物的整个过程进行保全证据。于是在公证员在场的情况下，原告操作计算机在被告的网上订购了“美美化妆品专卖店（化名）”的护肤品中心的“KOSE特效银杏减肥啫喱”一瓶，价值人民币88元，并在订货表上确认了送货地点和送货时间。公证员在该时间至原告家中等候。届时，该化妆品专卖店的一名送货员将原告订购的“KOSE特效银杏减肥啫喱”一瓶送到，原告付清货款人民币88元，在送货单上签字后，当场取得盖有该化妆品有限公司的发票专用章的发票和送货单各一张。之后，经中日合资春丝丽有限公司上海分公司及高丝国际贸易（上海）有限公司工作人员证实，该产品并非日本KOSE公司制造。为此，原告诉至法院，要求根据《消费者权益保护法》的规定，判令被告承担退一赔一的民事责任，共计人民币176元；并赔偿公证费400元。

另查，被告系外商独资企业。2000年6月28日被告与筹建中的美好化妆品有限公司（化名）签订了合作协议书，协议书就该化妆品公司在被告的网上设立网上专卖店销售其经营的系列产品事宜，确定了合作原则、合作目标、协议签订的必要条件、合作方式、双方责任与义务、信息确认及结算方式、纠纷处理等条款。根据协议，美好化妆品公司应支付被告一次性店铺入驻费1000元，一次性网页制作费5000元，一次性商品登录费1000元和每月网页维护费500元；被告在商家专卖区域设立美好公司的网上专卖店标志；顾客将在美好公司的网上专卖店内选购物品，被告及时将顾客订单E-mail传递给美好公司；美好公司负责开具发票及产品送达事宜，并负责产品的质量保证和售后服务。

讨论题：

1. 本案的起因是什么？
2. 本案例中是否存在侵犯消费者权益的行为？责任应由谁承担？应如何处理？
3. 结合本案例，分析在电子商务中应如何维护消费者的合法权益？



本章小结

隐私权作为一种独立的人格权，主要内容有：隐私保有权、隐私知悉权、隐私使用权、隐私公开权。目前，我国有消费者隐私权的法律保护方面，还没有一部完整的法律，只是散见于诸如《宪法》、《民法通则》等法律中。在网络环境下，消费者最易受到侵犯的是个人信息隐私权，对此各国与国际组织都制订了相应的法律保护措施，主要从个人资料隐私权、通信秘密与通信自由的隐私权、个人生活安宁的隐私权三个方面加以保护。

我国在《消费者权益保护法》中对消费者享有的知情权予以了详细规定，由于电子商务的发展，交易方式的改变，使得对网络消费者知情权的保护必须采取新的措施加以完善。本文主要从完善信用体系，健全现有法律两个角度进行了探讨。

消费者索赔权的规定，主要用于保护消费者在网上交易的过程中或使用商品和服务后，当人身或财产受到损害时，享有适当补偿的一种经济权。许多国家为保护消费者的合法权益，都以法律的形式赋予消费者适当的“犹豫期”，在“犹豫期”期内消费者享有试用商品并无条件解除合同的权力。我国法律目前尚无“犹豫期”的规定，现有法律对消费者的保护明显弱于犹豫期内的解除权的保护力度。但是，就数字化商品而言，如果过分强调消费者的退货权，又会造成对经营者的不公平。所以，传统的《消费者权益保护法》中关于退换的规定，在数字化商品的电子商务中，还需要重新审视与斟酌。目前主要可以参考欧盟的《远程保护指令》。

消费者公平交易权是指消费者在进行购买商品或者接受服务过程中享有的与生产经营者进行公平交易的权利。网上消费由于自始至终都是“自己搞定”的购物方式，所签订的合同大都是事先订立好的电子商务格式合同（内容都是商家事先准备好的固定条款），很容易使消费者被网上的虚假信息所骗而进行不公平交易，也就更加强调网上商品价格的合理性。目前，我国对消费者公平交易权的保护主要体现在《价格法》和《合同法》中。

消费者安全权主要体现在人身安全、财产安全、隐私安全、信息产品安全和使用网络服务安全五个方面。安全权的实现和保障需要技术和制度的有机结合。在制度方面，主要有联合国 UNCITRAL 的《电子签名示范法》、新加坡的《电子交易法》等。我国于 2004 年 8 月 28 日，十届全国人大常委会第十一次会议表决通过《中华人民共和国电子签名法》，并于 2005 年 4 月 1 日起施行，首次赋予可靠的电子签名与手写签名或盖章具有同等的法律效力，并明确了电子认证服务的市场准入制度。

本章思考题

1. 简述消费者隐私权的主要内容。
2. 简述侵犯个人信息隐私权的主要内容。
3. 简述电子商务中消费者隐私权保护的内容。
4. 简述经济合作与发展组织（OECD）保护消费者隐私权的主要法律对策。
5. 简述电子商务中消费者安全权存在的主要问题？如何解决？
6. 简述电子商务中消费者知情权的保护措施。

第 8 章 电子商务中的广告法律问题

【学习目标】

- 掌握网络广告的概念及其特征;
- 掌握网络广告中存在的主要法律问题;
- 理解并完善我国网络广告法律制度的具体措施;
- 了解网络广告的类型。

8.1 电子商务中的广告概述

8.1.1 网络广告的概念与特征

1. 网络广告的概念

根据我国《广告法》第二条第二款的规定,广告是指商品经营者或者服务提供者承担费用,通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者所提供的服务的一种宣传方式。据此简单类推可知,网络广告无非是利用网络从事的广告宣传活动,又称电子广告。以传媒作为标准进行广告分类的话,网络广告应属于大众传媒广告。在网络技术广泛应用以前,大众传媒一般是指广播、电视、报纸、期刊杂志等以不特定多数人为传播对象、媒介覆盖高、宣传范围广的信息传送方式,但随着网络技术的应用与发展,网络超越了传统的时空,成为一种更新的大众传媒,这已是不争的事实。因此,网络广告不仅为广告产业的一次重要变革,而且成为现代企业营销的主要手段,也成为网站经营者重要营利事业。

2. 网络广告的特征

网络被誉为继电视广播、报纸杂志和户外广告之后的第四大媒体,具有其区别传统媒体的独特性,因此网络广告与平面媒体广告、电子媒体广告等传统的广告形式相比,其特点十分显著。

(1) 广泛性。互联网是一个没有地域国界的虚拟世界,一个站点的广告通过互联网可以传遍世界各地;而只要具备上网条件,任何人在任何地点都可以搜索到全球各个厂商的广告信息。同时,网上广告不受时间限制,可以实现全天候 24 小时不间断的服务,而且其传播速率也是任何一种传统媒体无法比拟的。

(2) 针对性。网站往往为用户提供多项服务,因此一般都能建立比较完整的用户数据库,记录用户的资料信息。这些信息可以帮助广告业者分析市场和受众,根据对象的具



体情况,有针对性地制作并发布广告,避免传统广告由于盲目投放所导致的花费颇多却收效甚微的缺点,从而达到事半功倍。

(3) 便捷性。网络广告利用数字技术和多媒体技术制作而成,用户通过互联网可以随时随地浏览。而且较之传统广告一旦发布便难以更改,即使可以改动,也需支付高额费用,网络广告能够按照需要及时变更,并且成本较低。

(4) 互动性。网络广告可借助图、文、声、像等多媒体技术,将产品的形状、用途、使用方法、价格、购买方法、支付方法等信息完整地展示在用户面前,而且其交互式界面还可以使用户对网络广告的阅读更具层次性,既可以充分了解产品或服务的完整信息及详细资料,又可以通过 E-mail 及在线调查等方式及时向商家反馈客户意见要求,这就克服了传统广告中信息发送及反馈的单向性及及时差性的缺点。因此网络广告可以在广告发布的过程中实现即时双向沟通,有助于发送者及时根据客户需要调整其广告策略及内容等,从而更好地满足客户要求。同时,网络广告的载体基本上是多媒体,融文字、声音、图像、动画、超文本链接于一体,因而可以塑造多种目的的企业形象,建立品牌和知名度,而且消费者能够在网上订购、交易、支付,从而大大增强了企业广告的实效。

(5) 开放性。传统广告的发布者,如电视、广播、报刊、杂志等,尽管其覆盖面和迅捷程度也可以与网络媲美,但是,在这些媒体上发布信息源头是可控的。而网络的开放性,使之真正成为人人都可以操纵的“大众媒体”,任何人都有可能在网上发布广告或类似的商业信息。

(6) 普遍性。普遍性主要指在线广告主的普遍性。任何个人、企业(不论是设立网站、主页、在线商店,还是仅仅成为在线用户或会员)只要通过网络推销、销售其产品或服务,即要在网上发布企业、产品或服务信息,实际上就构成了广告主。可以说,几乎所有的从事在线交易的人都可能是广告主。这是在线广告或网络广告区别于传统意义上的广告非常重要的方面。

8.1.2 网络广告的类型

1. 网络广告发布途径

从发布途径来看,网络广告有以下几种情形。

(1) 通过自设的网络发布广告,普通的企业及网络公司均可以通过自己的网站发布有关其自身产品或服务的广告。

(2) 通过电子邮件发布广告,即通过电子邮件将广告发送到一定数量的网络使用者的电子信箱中。

(3) 通过企业或个人主页发布广告。

(4) 通过委托因特网服务提供商(ISP、ICP)和其他网站发布广告,接受者成为广告的发布者。

2. 网络广告的形式

从网络广告的形式而言,网络广告可以分为以下四种。

(1) 横幅与视框广告。这种广告大多位于网页上端或下端，一般内容为公司名称、一段简短的讯息和鼓励用户浏览该网页的字眼。这些横幅可以是静态或是动态的，假如您选择点进横幅，您就会被带到另外一网页。

(2) 多媒体广告横幅。这类横幅配合多媒体技术，如 Flash, Shockwave 和 Java，用来提供影像、音效、动画和照片。用户可以进入这些网页，而无需离开原本的网页。广告商从其他网页直接将内容传送给用户者，让用户随意购物或登记资料，用户不用离开原来正在浏览的网页。

(3) 关键字或按钮广告。关键字广告或按钮广告所占面积小，可以放在相关产品内容旁边。如广告横幅一样，这些按钮并不是互动的，当用户选择点击这些按钮时，用户就会被带到另外一个网页。

(4) 电子邮件广告。电子邮件(E-mail)是互联网上最便宜和最有效率的宣传方法，是互联网上较为有效的广告方式，通过 E-mail 系统，商家可以将服务和产品信息传递到特定的消费者手中或某个网站的所有消费者手中。

3. 网站在网络广告中的角色

从一个网站发布的广告信息内容来看，网站可能：

- (1) 为宣传自己网站或网络服务而做广告；
- (2) 为宣传自己所经营的且网上经营的产品或服务而做广告；
- (3) 接受他人委托充当广告发布者，为他人的产品或服务而做的广告。

一般来说，计算机网络就是指通过物理介质连接在一起的两台或多台计算机及其他设备所组成的系统。它可以提供计算机之间的通信联系、资源共享和分布计算。计算机网络是计算机技术和通信技术密切结合的产物，是计算机应用领域中必不可少的一部分。计算机技术的不断发展，使得网络处于迅猛发展中。

8.2 电子商务中的广告法律问题

8.2.1 网络广告主体的界定问题

以传统的平面媒体和电子媒体传播的商业广告，其广告主、广告经营者和广告发布者各自的定位和职责是清晰的，例如，一家食品厂不可能自己经营媒体为本企业的产品发布广告，计算机公司也不可能直接使用传统媒体宣传企业形象或产品。

一般来说，广告经营者主要是广告公司和一些经营广告的媒体，而广告发布者主要是指各种类型的媒体。但如前所述，网络作为一种传播媒介，与其他的传统媒介最大的不同就在于它的交互性，即其中任何主体既可以是信息的接受者，又可以是信息的发送者，而在目前还没有对网上信息发布作全面的资格审查和许可的情况下，这种发布几乎没有什么“门槛”。这样，网络就将信息发布的资格条件极大地降低了，无限扩大了信息发布者的范围，因此就出现了广告主、广告经营者和广告发布者身份重合的现象，三者的界限在网络广告中日益模糊，从而使我们已无法用现行的法律概念理解之，这就产生了所谓认知上



的困难。例如,传统的广告主,也就是一般的企业,如今大多已拥有自己的网站,在介绍自己企业的同时,还发布着大量的产品或服务信息,所以至少在广告主这一层次上,就往往是集三者为一身了。因此,《广告法》对广告主、广告经营者、广告发布者的定义及其规制方式显然已不能适应网络广告的现状和发展了。

近年来我国为支持信息产业的发展,没有过多干预网络广告经营活动,在传统广告中实行的主体资格限制制度尚未在网络广告中推行。但是,一些地方规章制度对于解决此类问题也提出了很好的思路。请参阅北京市工商行政管理局发布的《关于对网络广告经营资格进行规范的通告》。

北京市工商行政管理局率先于2000年5月18日发布了《关于对网络广告经营资格进行规范的通告》,明确规定,网络广告是指在北京市辖区内依法领取营业执照的从事网络信息服务的经营主体,利用互联网从事的以赢利为目的的广告活动。已经办理《广告经营许可证》的广告专营企业可从事网络广告的设计、制作、代理业务;也可在自办网站上开展广告发布业务。各类合法网络经济组织可以作为一种媒体在互联网上发布由广告专营企业代理的广告,但在发布广告前应向工商行政管理机关申请办理媒体发布广告的有关手续。网络经济组织在具备相应资质条件的情况下,也可直接承办各类广告。网络经济组织承接广告业务的,应向工商行政管理机关申请办理企业登记事项的变更,增加广告经营范围,并办理《广告经营许可证》,取得网络广告经营资格。这项规定无疑填补了目前网站广告经营主体资格法律规制的空白,在现实生活中发挥了一定的积极作用。2000年5月25日,全国20家知名度较高的网络公司在京首次获得国家工商行政管理局颁发的《广告经营许可证》,这是我国执法机关探索网络广告经营主体资格有效监管的成功开端,预示着我国将对网络广告实行全面规范。

8.2.2 网络广告的审查问题

广告面向的是社会公众,传播范围广且社会影响大,因此国家行政主管部门必须对广告内容的真实性、合法性和妥当性进行严格管理和审查。首先,广告不得具有违法内容。

《广告法》第七条和第八条规定:广告内容应当有利于人民的身心健康,促进商品和服务质量的提高,保护消费者的合法权益,遵守社会公德和职业道德,维护国家的尊严和利益。广告不得有下列情形:

- ① 使用中华人民共和国国旗、国徽、国歌;
- ② 使用国家机关和国家机关工作人员的名义;
- ③ 使用国家级、最高级、最佳等用语;
- ④ 妨碍社会安定和危害人身、财产安全,损害社会公共利益;
- ⑤ 妨碍社会公共秩序和违背社会良好风尚;
- ⑥ 含有淫秽、迷信、恐怖、暴力、丑恶的内容;
- ⑦ 含有民族、种族、宗教、性别歧视的内容;
- ⑧ 妨碍环境和自然资源保护;
- ⑨ 法律、行政法规规定禁止的其他情形。

广告不得损害未成年人和残疾人的身心健康。其次，广告信息必须真实准确。依据《广告法》第九条至第十一条，广告中对商品的性能、产地、用途、质量、价格、生产者、有效期限、允诺或者对服务的内容、形式、质量、价格、允诺有表示的，应当清楚、明白。广告使用数据、统计资料、调查结果、文摘、引用语，应当真实、准确，并表明出处。广告中涉及专利产品或者专利方法的，应当标明专利号和专利种类。未取得专利权的，不得在广告中谎称取得专利权。禁止使用未授予专利权的专利申请和已经终止、撤销、无效的专利做广告。再次，广告宣传方式必须适当。依据《广告法》第十二条和第十三条的规定，广告不得贬低其他生产经营者的商品或者服务。广告应当具有可识别性，能够使消费者辨明其为广告。

对于一些关系到消费者人身财产安全的特殊商品，《广告法》及有关法规规章都作出了更加严格的规定。例如，药品广告的内容必须以国务院或者省级卫生行政部门批准的说明书为准，并且不得有下列内容：

- ① 含有不科学的表示功效的断言或者保证的；
- ② 说明治愈率或者有效率的；
- ③ 与其他药品、医疗器械的功效和安全性比较的；

④ 利用医药科研单位、学术机构、医疗机构或者专家、医生、患者的名义和形象作证明的；

⑤ 法律、行政法规规定禁止的其他内容。食品、酒类、化妆品广告的内容必须符合卫生许可的事项，并不得使用医疗用语或者易与药品混淆的用语。房地产广告中不得出现各类乱评比、乱排序等对房地产项目进行综合评价的内容等。

由于网络已成为新型的大众化的媒体，上述规定也应同样适用于网络广告，在网络上发布需要审查的广告当然亦应当进行审查，这是广告管理必然的要求。虽然国家法律还没有明确这一点，但今后很有可能采取这样规则。问题在于如何管理、如何审查。

鉴于网络的某些独特之处，现行法律中的一些规定有待进一步商榷。首先，《广告法》第十八条规定：禁止利用广播、电影、电视、报纸、期刊发布烟草广告。由于该条款使用的是列举方式，而网络烟草广告显然不在其列举范围之内，这可能造成烟草广告通过网络进行传播而执法机关却不能依法予以禁止的结果。其次，《广告法》第三十四条规定：利用广播、电影、电视、报纸、期刊以及其他媒介发布药品、医疗器械、农药、兽药等商品的广告和法律、行政法规规定应当进行审查的其他广告，必须在发布前依照有关法律、行政法规由有关行政主管部门对广告内容进行审查；未经审查，不得发布。据此，在网络上发布上述需要审查的广告，当然也必须进行审查。但是在电子商务环境下，现行的审查制度却似乎很难有效地发挥作用。一方面，由于网络广告数量庞大并且形式复杂，以审查机关现有的技术能力，对浩如烟海的网络广告进行逐一审查并不现实。更何况网络广告具有开放性，任何组织和个人都可以随心所欲地发布并修改广告和类似信息，因此，对网络广告在其发布前予以审查很难真正实现。另一方面，目前我国对特殊广告的事前审查分为中央和地方两级，地方一级的审查职能由各省相应的行政管理机关按照行政区域划分。但是网络是超越地域国界的，因而网络广告的审查工作是否仍然依据传统的划分原则，确有必要重新研究。如果仍然采取地域划分方式，那么在现实中并不存在实体企业而仅有在网上设立销售平台的销售者发布广告的情况下，其审查机关应当如何确定？有学者认为：此时



应以该网上商店的设立者所住地作为确定审查机关的依据,若其所住地无法确定,则应将其提供网络联线服务的服务商的服务器所在地视为住所地。

8.2.3 网络广告衍生的新法律问题

网络广告的出现和发展,在大大方便人们获取有关信息的同时,也带来一系列新情况、新问题,给传统的广告管理法律制度造成一定的冲击。概括起来,网络广告引发的新问题主要有如下几个方面。

1. 网络虚假广告问题

由于网络广告的泛滥,又缺乏有效的审查、监管措施,虚假广告和内容违法的广告的问题日益严重。它不仅严重挫伤了消费者对于广告的信心,而且还扰乱了正常的市场竞争秩序,因此必须要求广告对于产品和服务进行忠实描述,保证购买者能够获得物有所值的商品。我国《广告法》第三条和第四条规定:广告应当真实、合法,符合社会主义精神文明建设的要求。广告不得含有虚假的内容,不得欺骗和误导消费者。《反不正当竞争法》第九条规定:经营者不得利用广告或者其他方法,对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。广告的经营者不得在明知或者应知的情况下,代理、设计、制作、发布虚假广告。

虚假包含与事实不符和夸大事实两个方面,虚假事实可能是所宣传的商品或服务本身的性能、质量、技术标准等,也可能是政府批文、权威机构的检验证明、荣誉证书、统计资料等,还可能是不能兑现的允诺。那么,这些虚假宣传同样可以利用网络加以实现和表现出来。

就广告内容而言,网络广告增加了对网站本身的宣传。严格地讲,网站本身只是商业活动或服务的媒体或手段,而不是产品服务内容本身,但对于网站本身的不实宣传也构成网络环境下的虚假广告。有些网络公司急于扩大自身影响,引起公众注意,因而在广告中出现一些不当或违法宣传,如“中国第一”、“全国最大规模的中文网站”、“中国访问量最高和固定用户数量最多的网站”等。下面所介绍的实例就是这种新型虚假广告。如果网络广告宣传构成了虚假宣传自己的产品或服务,或含有贬低他人商品或服务的内容,那么,这种行为即可能构成网络广告引起的不正当竞争行为。

鹤鸣日新公司(原告)和北京迅合科技有限责任公司(被告)均在国际互联网设立了自己的网站,都提供在线法律服务,在其网站上介绍中国律师和中国律师事务所。原告、被告均在各自网页上使用了“国际互联网上第一家全面、集中向全球介绍中国律师事务所及其律师”的广告用语,被告亦同时强调其网站“是目前国内最权威的综合性法律信息站点”。

后原告将被告诉至法院,称被告宣传广告是虚假和带有欺骗性的,也违反了《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条的规定。迅合公司则称其宣传广告是对事实的客观表述,不是虚假和带有欺骗性的广告,请求法院驳回原告的诉讼请求。该案成为国内首例因虚假广告引起的不正当竞争案。

北京市海淀区法院11月17日公开审理了该案。经审理,法庭判定被告在应知国内有

其他 ICP 提供相同在线法律服务的情况下,没有任何事实依据,在其网页上使用“最权威”、“第一家”等修饰性广告宣传用语,影射了包括原告在内的其他提供在线法律服务的 ICP 的服务质量问题,从而误导社会公众,侵犯了包括原告在内的他人的合法竞争权利,主观过错明显,已构成不正当竞争,原告要求被告立即停止侵权行为,公开致歉、消除影响,理由正当,应依法予以支持。

由于在线交易还没有完全开展和普及,因此目前网站大多数是靠广告支撑,而为吸引用户、扩大影响,因特网全球互联的特性,使其广告效应远胜于其他媒介。据慧聪公司对全国 1 300 余种报刊媒体广告投放量的统计:1999 年因特网企业广告投放量达到 8 320 万元,比 1998 年几乎上升 20 倍。有的网站用虚假广告欺骗和误导消费者。上述案例为我们法律界和工商管理界提出了一个严峻的问题,网络广告如何管制和规范。

2. 隐性广告问题

所谓隐性广告,是指采用公认的广告方式以外的手段,使广告受众产生误解的广告。我国《广告法》第十三条规定,广告应当具有可识别性,能够使消费者辨明其为广告。大众传播媒介不得以新闻报道形式发布广告。通过大众传播媒介发布的广告应当有广告标记,与其他非广告信息相区别,不得使消费者产生误解。隐性广告是以非广告形式出现的广告,亦可叫做不是广告的广告。在传统媒体上出现的隐性广告比较容易识别。互联网上的隐性广告则很难识别。其主要形式有下列几种:

(1) 以网络新闻形式发布的广告。一些网站专业化的程度高,拥有特定阅览群体,一些企业对这类网站有着特殊的关系。因此,网络也就模糊了新闻与广告的界限。

(2) 在 BBS 上发布的广告。在 BBS 上发布的广告,主要是以论坛讨论问题形式出现的。商业网站在主页上开辟专业论坛讨论企业产品与服务的性能、质量、功能之类的问题。此时,往往可以发现企业使“托”的迹象。即企业以网民的名义故意在论坛上提起论题,讨论一番,在其中不知不觉地兜售自己的产品。

3. “垃圾邮件”广告问题

几乎所有拥有电子邮箱的网络用户,都遭遇过未经请求的大量电子邮件的折磨。这些未经请求的电子邮件,俗称“垃圾邮件”,绝大多数是各种商业广告。在某些情况下,这些“垃圾邮件”广告已经到了令人难以忍受的地步,引起许多消费者的反感,并影响了人们对互联网的正常使用,已经成为互联网的公害之一。

针对这个令世界网民深恶痛绝的问题,很多发达国家都采取了一定措施予以管制,例如,美国 1998 年通过了《反垃圾邮件修正法草案》,规定电子邮件信件来源、主题信息必须明确,必须提供真实的联络渠道,收件人要求时必须及时将其从邮件名单中除去。同时还赋予 FTC 与州政府执行该法的权力。欧盟 1998 年发布的《关于电子商务市场在法制方面应有的规范的提案》对电子邮件问题也作出了相应的规制。

2003 年 2 月 25 日,经过 3 个月的试行,《中国互联网协会反垃圾邮件规范》在北京正式被表决通过,并从即日起开始实施。它的发布施行,将结束我国网络界在反垃圾邮件方面没有统一规范、不能共同行动的局面。该规范的主要内容如下:



第一条【目的】为了保护我国电子邮件用户的正当权益,促进电子邮件服务业的健康发展,推动互联网资源和信息系统的合理利用,中国互联网协会(以下简称协会)成员共同制定本规范。

第二条【适用】协会成员开展电子邮件服务,适用本规范;其他主体根据自愿的原则,接受本规范的约束。

第三条【垃圾邮件】本规范所称垃圾邮件,包括下述属性的电子邮件:

(一)收件人事先没有提出要求或者同意接收的广告、电子刊物、各种形式的宣传品等宣传性的电子邮件;

(二)收件人无法拒收的电子邮件;

(三)隐藏发件人身份、地址、标题等信息的电子邮件;

(四)含有虚假的信息源、发件人、路由等信息的电子邮件。

第四条【服务提供者】本规范所称电子邮件服务提供者(以下简称服务提供者),包括依法为电子邮件用户发送、转发、接收电子邮件提供条件的电信业务经营者和互联网信息服务提供者。

第五条【共同原则】协会及其成员在反垃圾邮件方面,坚持如下原则:

(一)信息共享原则。协会应当向协会成员提供反垃圾邮件方面的有关信息。协会成员有权及时取得和使用协会的有关信息,获得协会的帮助;

(二)行动一致原则。协会成员坚持行动一致的原则,共同抵制垃圾邮件,执行协会的各项决定。

第六条【协会义务】反垃圾邮件是中国互联网协会的一项重要职能,在反垃圾邮件方面负有如下责任:

(一)在阻止和消除垃圾邮件的传播方面为服务提供者提供指导、帮助和培训;

(二)与其他国家和地区的反垃圾邮件组织进行沟通、联系和交流,协调协会成员与其他国家和地区的反垃圾邮件组织和服务提供者之间的关系,维护各协会成员的利益;

(三)建立垃圾邮件的投诉、举报和受理机制;

(四)建立反垃圾邮件协调机制,协助解决协会成员之间、协会成员与其他成员之间因垃圾邮件引起的纠纷;

(五)向协会成员定期公布传播垃圾邮件的服务提供者名单及其他相关信息,发布有关决定。

第七条【共同约定】加入协会及接受本规范的服务提供者应采取如下措施,阻止和消除垃圾邮件的传播:

(一)建立垃圾邮件的信息收集、反馈及处理机制;

(二)记录传递电子邮件的服务提供者的名称、互联网地址或者域名、垃圾邮件发送者的情况等有关信息,并在协会或其指定的组织需要时,予以提供;

(三)在向用户提供电子邮件服务前,以明示的方式将电子邮件服务规则和使用规则提供给用户,并提示用户须对其发送电子邮件的行为承担法律责任;

(四)发现用户传播的电子邮件属于垃圾邮件的,通知服务提供者;发件人继续传播垃圾邮件的,对其予以警告;警告后发件人仍然传播垃圾邮件的,通告协会,由协会确定是否采取统一行动,停止为其提供服务;

（五）接到用户关于垃圾邮件的投诉或者申告，确证后，立即停止为该发件人提供邮件发送服务，情况严重的，通知协会，由协会确定是否采取统一行动，停止为其提供服务。

（六）对于协会公布的垃圾邮件服务提供者和垃圾邮件发送人，采取相应措施；

（七）鼓励使用垃圾邮件自动识别分类和过滤软件，为用户服务；

（八）协助协会及国家有关部门就垃圾邮件的传播情况进行调查和处理。

第八条【授权性承诺】协会可以及时向社会公告发送、转发或者接收垃圾邮件的服务提供者，以便社会监督。

第九条【施行日期】本规范自协会发布之日起施行。

服务提供者自签署本规范之日起接受本规范的约束。

4. 隐私权问题

“垃圾邮件”问题的背后值得我们深思的是隐私权问题。当你打开邮箱发现里面有许多广告信息时，你是否想过，广告商是如何得到你的 E-mail 地址的呢？当你在网上商城购物后，是否想到你所留下的真实的身份证明及信用证件或者是居住地址、工作单位等个人资料会被网站当作商品卖给某些广告商或者企业。美国加州的一位女士提出诉讼，控告互联网广告商——Doulbe Click 非法取得并且贩卖消费者的私人资讯。这个诉讼宣称 Doulbe Click 采用了“cookie”这个先进的计算机追踪技术，以识别网际网络的使用者，并且在未经同意的情况下收集网络浏览者的个人资料。在美国，互联网旗帜广告客户经常收集广告访客的信息，用以确定他们的市场策略。由于广告商收集这些数据的手段处理得非常隐蔽，所以即使是老网民也难以察觉，这样就引起了许多网民和隐私权保护组织的担忧。

5. 广告管辖权问题

网络的超地域性对传统的广告管辖权划分模式提出了巨大的挑战。《广告法》第六条规定，县级以上人民政府工商行政管理部门是广告监督管理机关。在传统广告制作主体与发布范围有限的条件下，监管机关尚能较好的履行职责。但是网络广告超越地域界限，这将会导致行政管辖权的冲突，并且事实上以监管机关现有的技术手段，其能否胜任，也是问题。此外，我国《广告法》第二条表明其管理的是广告主、广告经营者、广告发布者在我国境内从事的广告活动。据此，在国内设立的网站上向国内用户发布广告，无疑应受法律约束；至于在国内设立的网站上向国外用户发布广告，或者在国外设立的网站上发布广告而国内用户能够浏览到，这是否属于广告法的调整范围，则难以判断。而且传统广告由于受国界的限制，一般由国内法管辖，即使发布跨国广告，也是或由本国或由他国法律管辖，通常不会发生法律冲突问题。但是网络广告往往跨越国界，难以确定何地与其联系最为密切。有些广告业者便故意利用这一点，规避法律约束，造成网络广告的混乱。

6. 广告主、广告经营者和发布者定位问题

在传统媒体广告环境下，广告主、广告经营者和发布者区分是清晰的，但是在网络环境下，三者的区分日益模糊，经营网络运营的 ISP 和提供信息服务的 ICP 他们既拥有传统



媒体的传播平台,同时也集广告代理、制作和发布于一身,在这种情形下,使我们无法用现行法律的概念和规则去理解和规范网络环境下的三种角色。另外,企业自由设立主页或站点进行自我宣传,任何人登陆某一个站点,发布广告或类似宣传信息如何管理也是面临的新课题。最典型的是第三人利用电子邮件直接向他人散布广告或发含有广告内容的信件。在这种情形下,是否管制和如何管制呢?

8.2.4 网络广告与不正当竞争行为

《反不正当竞争法》第九条第一款规定:“经营者不得利用广告或者其他方法,对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。”这意味着对自己产品或服务的虚假宣传,也是一种不正当竞争行为。虚假宣传包括两个方面,一方面是对自身产品的虚假宣传,另一方面是对他人产品的贬低或诋毁宣传。

对自身产品或服务的误导宣传可能涉及以下七方面:

- (1) 产品制造过程或技术服务流程或技术安全性;
- (2) 产品或服务具有特殊的功能、目的、标准、等级或适用性;
- (3) 产品或服务的质量、数量或其他特性;
- (4) 商品或服务的来源或产地虚假宣传;
- (5) 对商品或服务所承诺或提供的条件、品质保证、售后服务等;
- (6) 产品或服务的价格或其价格的计算方式;
- (7) 对经营主体的虚假宣传。

通过贬低他人,抬高或宣传自己的产品或服务的行为,也是一种虚假宣传或广告,为我国《广告法》所禁止。《广告法》第十二条规定:“广告不得贬低其他生产经营者的商品或者服务。”这种含有贬低内容的广告是指寻求市场竞争中的一个或一组产品或者服务做比较,采取令人误解、诋毁、在含义或事实上是错误的方法,给予不公正的评价的广告。此类广告行为直接侵害竞争对手商业信誉以及产品或服务的声誉,是一种旨在损害竞争对手合法权益的不正当竞争行为。

网络广告有其不同于传统广告的特点,利用网络广告进行不正当竞争从严格意义上说并不体现在广告的内容、形式,广告的制作、发布上,而是表现在利用数字技术的新形式上。这些行为主要有:

(1) 利用加框的超链接技术。所谓加框超链接技术是指此网站以分割视窗的方式将他人网站的内容呈现在自己网站的网页上,故当浏览者点击此网站与他人网站的链接时,他人网站的内容会出现在此网站页面的某一个区域内,而此网站页面的广告则始终呈现在浏览者的面前,这样,此网站的广告就可以借助他人网站的内容而被宣传。在这一过程中,浏览者往往误以为自己并没有进入他人的网站。

(2) 抄袭他人网站的内容。这主要是剽窃、抄袭他人网站的内容、主页的排版布局。这类抄袭固然有原封未动的照搬,但更常见的是大部分相同,仅做小修小改,目的只有一个:使浏览者误认此网站为彼网站,以达到提高点击率,进行不正当竞争。

(3) 利用关键字技术。这是指投机者利用一定的技术或者以关键字的方式把他人的驰名商标写入自己的网页,当浏览者利用搜索引擎搜索该关键字所属网站时,该投机者的

网站和该驰名商标的网站便能一同显现，投机者以此来搭便车，提高点击率。

在网络世界，点击率被认为是判别一个网站是否成功的标志，上述这些行为本身并不是制作、发布网络广告的行为，不同于传统意义上的利用广告进行不正当竞争的行为；但它们却能在事实上起到提高网站点击率的效果。但由于法律条文主要侧重于对传统商业广告的不正当竞争行为作出规定，而对于利用网络广告进行不正当竞争却鲜有规定，所以应将这些新的不正当竞争行为归入利用网络广告进行不正当竞争的范围，设法加以解决。

如将别人的驰名商标抢注为域名就是一种不正当竞争行为，这在域名法中有专门陈述，不再赘述。

8.2.5 违法广告应承担的法律责任

我国《广告法》将广告法律关系的当事人分为广告主、广告经营者和广告发布者三类主体，分别加以规制，对三者的法律责任也分别予以明确。例如，《广告法》第三十七条规定：违反本法规定，利用广告对商品或者服务作虚假宣传的，由广告监督管理机关责令广告主停止发布并以等额广告费用在相应范围内公开更正以消除影响，并处广告费用一倍以上五倍以下的罚款；对负有责任的广告经营者、广告发布者没收广告费用，并处广告费用一倍以上五倍以下的罚款；情节严重的，依法停止其广告业务。构成犯罪的，依法追究刑事责任。第三十八条规定：违反本法规定，发布虚假广告，欺骗和误导消费者，使购买商品或者接受服务的消费者的合法权益受到损害的，由广告主依法承担民事责任；广告经营者、广告发布者明知或者应知广告虚假仍设计、制作、发布的，应当依法承担连带责任。广告经营者、广告发布者不能提供广告主的真实名称、地址的，应当承担全部民事责任。第三十九条规定，发布广告违反本法第七条第二款规定的，由广告监督管理机关责令负有责任的广告主、广告经营者、广告发布者停止发布、公开更正，没收广告费用，并处广告费用一倍以上五倍以下的罚款；情节严重的，依法停止其广告业务。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

在传统广告活动中，可以较容易的判断广告法律关系三主体各自应承担的责任，但是在网络广告中这三种角色变得不容易区分。正如前面提到，在网站经营者为自己的产品或服务在自己的网上进行广告宣传情形下，网站经营者集广告主、广告经营者、广告发布者为一身，而在为他人发布广告的情形下，网站经营者既可能为广告发布者，也可能同时兼广告经营者。应当说，在前一种情形下，虚假广告和广告引起的侵权责任的责任承担变得简单了，均由网站经营者自己来承担。现在最有争议的是，网络服务商在网络广告中扮演什么角色。

关于网络服务商在网络广告中的法律地位，仍然主要看网络服务者是否设计、制作广告并发布广告。在这里，仍然可以援用 ICP 和 ISP 区分的原则，即主要看网络服务商是否直接介入广告制作与发布。如果从事受托设计、制作和发布，那么，网络服务提供商或网站经营者则即成为网络广告的经营者和发布者；如果不包括设计、制作，那么，仅为广告的发布者。在这两种情形下，经营者均承担类似于 ICP 在信息传播中的责任，即对所制作和发布的广告内容的真实性、合法性负责。

但是，对于 ISP 是否为广告的发布者，目前存在争议。有些国家和地区倾向于将 ISP



纳入广告媒体经营者范畴。但是,由于ISP仅仅是一个信息传播者角色,对于其经营的网站上发布的广告内容没有筛选、过滤,或者没有直接或间接参与网络广告的发布,因此,ISP对于网络广告虚假和由此引起的侵权结果不应承担责任,其道理仍然同ISP在信息传输中的责任一样。有些专家指出,一旦苛求ISP来承担网络广告管理的责任,势必迫使ISP投入巨大的人力、物力对网络进行监管。不论能够达到什么样的效果,单就投入的成本就不是任何一个独立的ISP所能够承担的。如果ISP将这些成本转嫁到消费者身上,网络发展也必然要受到阻碍。因此,建议要在适当程度上免除ISP对网络虚假广告的连带责任。对此,可以参照最高人民法院于2003年修改的《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》中的相关规定。依据该司法解释第四条和第七条,网络服务提供者通过网络参与他人侵犯著作权行为,或者通过网络教唆、帮助他人实施侵犯著作权行为的,人民法院应当根据《民法通则》第一百三十条的规定,追究其与其他行为人或者直接实施侵权行为人的共同侵权责任。网络服务提供者明知专门用于故意避开或者破坏他人著作权技术保护措施的方法、设备或者材料,而上载、传播、提供的,人民法院应当根据当事人的诉讼请求和具体案情,依照《著作权法》第四十七条第(六)项的规定,追究网络服务提供者的民事侵权责任。在网络广告活动中,亦可以借鉴上述做法,规定ISP在明知或者参与违法广告的制作或发布时,应当承担责任。

8.3 网络广告法律问题的对策与建议

1. 采取法律规范及专门规章规范相结合的方式

就网络广告衍生的许多新的法律问题而言,仅仅依靠现有的广告法律规定已很难得到有效的调整,现有的法律规定已很难满足网络广告发展的需求。对此,国家应以什么样的方式和手段来加以解决,目前存在三种不同观点:一是政府对网络广告不加过多的干预,而由其自然发展;二是继续利用现有的广告法律规范,扩大适用范围,将网络广告纳入其中;三是制订专门适用于网络广告的新的广告法律规范。我们认为第三种观点更为妥当,由于网络广告有别于其他形式的广告,所以只有通过专门的法律规范,才能有针对性地、更准确地管理好网络广告,使之健康发展。

但是,就电子商务而言,法律不可能预先穷尽规则,这就需要行业规章在法律正式出台前的空白时期内起到约束游戏规则的作用。例如,对商业网站的规制、对个人主页的管理等都必须有一个可行的规章。当然,业界规章的作用不仅仅表现在为了应急这一层面上,它还在补充法律以及管理机关如何实施宏观调控等方面发挥着重要作用。

由于制定一部内容详尽的电子商务法并非短期内所能实现,因此,我们认为对网络广告不妨可采取三步走的立法模式:一是由地方性法规和规章先行一步,即在条件成熟的地方针对涉及网络广告的有关事项,在地方法规、规章中先行予以体现;二是以规范网络广告主体为切入点,通过试点,摸索总结经验,由国家部、委制定部门规章,进一步规范网络广告行为;三是由国务院制定专门的网络广告管理条例或提请全国人大制定含有网络广告内容的统一电子商务法。

2. 采取政府管理与行业自律相结合的方式

网络上的信息流通和各种交易几乎是在一个完全没有监控的体制下进行，这显然是违法广告屡屡得逞的一个重要原因。因此，要有效防止违法广告的伤害，就必须建立起安全可靠的网络交易制度，做到规则健全、交易有序。而作为网络运作管理的重要环节的ISP，其自律也十分关键。一方面，ISP自身必须遵守《广告法》和相关法规，抵制不正当竞争和违法广告；另一方面，ISP应当在经营范围内，规制其所托管的主页，一旦发现恶意广告行为时，履行善意管理人的法律义务，法律甚至可以赋予其一定的监管职责。

但是，由于整个广告行业中，各企业的根本利益是基本一致的，因此，行业自律不可能从根本上杜绝违法广告的发生。为了更好地对网络广告加以调整，政府职能部门应加强对网络广告的监督管理。从便利对网络广告监管的角度出发，可以考虑由信息产业部门、工商行政管理部门以及消费者权益保护部门等多部门协同努力，共同做好对网络广告的监督管理工作。

对于网络广告的管理，其难度比传统广告要大得多，面对五花八门的网络广告，如要求管理机关一一审查批准，是不现实的，但对于法律、法规规定的一些特殊商品，如烟草、酒类、化妆品、药品等网络广告，适用广告发布前的行政审查制度是完全可行，也是必要的。

3. 对因特网服务提供者实行有限责任制

目前，许多广告由因特网服务提供者在收取广告者一定费用后，予以发布，许多非法广告也掺杂其间。针对这种情况，有些国家和地区主张将因特网服务提供者划入媒体经营者范围，要求其对非法广告承担连带责任。但实际上，由于网络信息量巨大，要求某个因特网服务提供者对于其所发布的信息都要审查，耗费的巨大、事务的琐碎、程序的复杂恐怕非其所能承担；另外一味对其实行严格责任也有碍于新生事物的蓬勃发展。有鉴于此，可在业者自律的基础上，给予因特网服务提供者以有限责任：对其发布其明知为非法的广告承担责任。

4. 网络广告的国际保护

随着互联网在世界各地不断普及和全球信息化进程的发展，对网络广告的管理已不再是某一国家的内部问题。在这种情况下，各国应加强与世界其他国家的交流与合作，做到互通互助，共同为全球网络广告的发展提供一个良好的环境。最好的办法是，制定一个全球性的保护政策，通过国际公约，依赖国际协作的途径加以解决。

8.4 完善我国的网络广告法律制度

曾经有一种很流行的看法，认为网络是一个法律的真空，是所谓“自由”的乐土，有识之士可以在这里尽展才华，由此带来了一些负面影响，相应地也就产生了另一种呼吁，那就是制定全新的网络法律法规对网上活动进行全面管理和规范。其实，网上活动并不像某些人认为的那样完全无法可依。例如，通过网络订立合同，仍然要遵循合同法对合同的



一般规范；又如，在网上进行广告宣传虽然是一个全新的商业现象，但仍然应适用广告法对广告的通常管理和规范。要说制定新的法律规则的话，也仅需要就网络广告所特有的、现行广告法律制度无法适用的问题进行规定。

法学理论上向来有一般法和特别法的区别，一般法适用于法律规范对象的一般情况，而特别法适用于法律规范对象的特殊情况。一般法与特别法的关系是，在特别情况下，优先适用特别法。就网络广告而言，网络广告只是广告的一种特殊形式，《广告法》、《广告管理条例》、《食品卫生法》、《药品管理法》、《化妆品广告管理条例》等有关法律、法规对广告的管理和规范是网络广告法律制度中的一般法，而专门就网络广告进行管理和规范的规定是广告法律制度中的特别法。目前，我国规范网络广告的一般法规则比较系统和完备，而急需的是针对网络广告的特点制定网络广告的特别法规则。

8.4.1 网络广告的一般法规则

如前所述，《广告法》等有关法律、法规对广告的一般规定，既适用于一般广告，同时作为一般法规则，也适用于网络广告。在这方面，美国的做法很明确。美国联邦贸易委员会于1998年4月发布《网上广告和营销规则》，特别提醒在网上从事广告和销售的人，现实生活中的法律仍然适用于网上交易，并将规范误导、欺诈、广告、退款等的相关规定一起罗列出来以供消费者参考。

针对网络广告的特点，我们建议，可以考虑颁布如下的网络广告规则。

(1) 麻醉药品、精神药品、毒性药品、放射性药品等特殊药品，不得做广告；药品、医疗器械广告的内容不得含有不科学的表示功效的断言或者保证，不得说明治愈率或者有效率，不得与其他药品、医疗器械的功效和安全性进行比较，不得利用医药科研单位、学术机构、医疗机构或者专家、医生、患者的名义和形象作证明，不得违反法律、行政法规的禁止性规定。另外，药品广告的内容必须以国务院卫生行政部门或者省、自治区、直辖市卫生行政部门批准的说明为准；国家规定应当在医生指导下作用的治疗性药品即处方药，其广告必须注明“按医生处方购买和使用字样”。

(2) 农药广告的内容不得含有使用无毒、无害等表明安全性的绝对化断言，不得含有不科学的表示功效的断言或者保证，不得含有违反农药安全使用规程的文字、语言或者画面，不得含有法律、行政法规禁止规定的内容。

(3) 化妆品广告的内容不得就化妆品名称、制法、效用或者性能进行虚假夸大，不得使用他人名义保证或者以暗示方法使人误解其效用，不得宣传其医疗作用。另外，化妆品广告的内容必须符合卫生许可的事项，并不得使用医疗用语或者易与药品混淆的用语。

8.4.2 网络广告的特别法规则

网络广告的特别法规则是指法律、法规专门就网络广告所做的特别规定。我国目前还没有网络广告的特别法规则，而且有关法律的制定、修订事宜一时恐无法列入议事日程。可现实中网络广告的有些特殊问题又急需法律规范，针对这种情况，比较现实的选择就是通过立法解释补充法律漏洞，一方面适应网络广告发展的需要，另一方面为以后的网络广



告立法积累经验。

8.4.3 网络广告的经营活动规则

1. 网络广告经营者、发布者的资质

广告经营者、广告发布者进入广告市场必须达到一定的条件，这是广告市场准入原则的一个体现。广告业属于知识密集、技术密集和人才密集型的高新技术产业，相对于其他一般行业来说，它对从事广告业务的人员的文化和专业技术水平、设备条件要求比较高。因此，《广告法》第二十六条规定，从事广告经营的，应当具有必要的专业人员、制作设备，并依法办理公司或者广告经营登记，方可从事广告活动。

对于满足了广告法要求的广告经营者和广告发布者的资质条件的广告专营公司，当然可以从事网络广告的设计、制作和代理业务，也可以在自办的网站上开展广告发布业务。

对于非广告专营公司的网络经济组织（主要是指 ICP 和 ISP）从事网络广告的经营和发布业务必须达到一定的资质条件，并履行相关的手续。对此，北京市工商行政管理局早在 2000 年 5 月 16 日就发布了《关于对网络广告经营资格进行规范的通告》，规定了从事网络广告经营和发布业务的网络经济组织必须达到的资质条件，应办理的相关手续。我国应在此基础上，抓紧制定全国性的网络广告经营资格审查条例、规章制度。

2. 网络广告经营的各项制度

（1）网络广告承接登记制度：经办人员必须对以下内容进行认真登记与核实，如广告或者广告主的名称、营业执照号、经营范围、经办人员身份、通信地址、电话、邮政编码。

（2）网络广告审查验证制度：取得广告审查员资格证书的专职人员负责对网络广告的内容及形式进行审查，对证明文件的真实性、合法性、有效性查验，并签署对该网络广告内容形式是否同意的书面意见。

（3）网络广告合同制度：经营网络广告，当事人应订立合同，明确各自的权利与义务。

（4）网络广告档案制度：经营网络广告，应当建立网络广告业务档案制度，由专门部门负责统一建存档案，主要将收取的证明文件及样件存档，并按规定保存一定时间。

（5）网络广告收费标准和收费办法公开制度：网络广告经营者和发布者必须提供对网络广告效果的客观评价和测试方法，以便公平地确定网络广告费用的计费方法和计费数额。目前，网络广告大致有以下几种计费方法：

① 网上广告按该广告在网上被看到的次数计费是最普通的计费方法，具体费率是按看到的千次多少金额来计算的；

② 大多数的搜索网站一般按用户录入的搜索关键字来收费；

③ 按照用户在广告网页上击取广告图标的次数来计费。当然，用户看到广告并不意味着会击取广告图标。

所以，实践中广告经营者和发布者常常将这几种方法结合起来使用，尽量提供更明确的广告收费标准和方法。

（6）网络广告财务制度：网络广告业务往来必须开具国家税务部门统一负责印制的



广告业务正式发票,不得开具空白发票,并应依法纳税。

8.4.4 网络广告的法律责任

关于网络广告的法律责任问题,有三种情况:

(1) 在明确了《广告法》第十三条第二款和第十八条对网络广告的适用以后,《广告法》第五章“法律责任”对广告主、广告经营者、广告发布者违反广告法而承担的法律责任的规定同样适用于网络广告的广告主、广告经营者和广告发布者。

(2) 在网络广告活动的第四种形式中,广告主为推销自己的商品或者提供的服务,自行设计、制作网络广告,或者委托广告经营者设计、制作网络广告,通过自己开设在网络经济组织那里的网页予以发布。这里,网络广告的广告主、广告经营者是比较明确的,不明确的是网络广告的发布者、广告主还是网络经济组织?如果广告主同时又是广告发布者,那么网络经济组织在网络广告活动中又是一种什么角色?法律上应承担什么责任?目前,从广告法等有关法律规定中似乎还找不到答案。

(3) 在网络广告活动中,当ISP既是网络广告的经营者,又是网络广告的发布者,或者只是网络广告的发布者的情况下,ISP是一种什么角色呢?当网络广告违反了广告法的有关规定的情况下,ISP是否要承担法律责任?承担什么样的法律责任?这是我国现行的广告法律制度无法回答的问题。

案例分析

2000年1月初,上海市奉贤县的张某和吴某在自制的网页上杜撰一个未经登记核准的“上海智狐机械设备有限公司”,并制造了许多虚假的获奖内容,借此吸引客户,从事无照经营。张某和吴某在网上开公司,就是想把客户介绍给当地的厂家,从中获取业务中介费。为了钓鱼上钩,他们在网页上自称该公司是本市最大的食品机械生产企业,是上海市重合同、守信用单位,产品多次获得市优、部优、国家级新产品、国家级星火产品、上海市星火产品一等奖、国家星火产品三等奖等多个奖项。这些编造的虚假获奖内容吸引了40多家企业,其中大多数来自山东,点击率高达560次。鉴于此案尚未造成损害后果,承办此案的上海工商局奉贤分局责令违法当事人在其网页上公开更正,消除影响。

讨论题:

1. 这起网络广告事件中存在哪些违法行为,反映了网络广告中存在的哪些问题?
2. 如何用《广告法》对这起网络广告中的违法行为加以规制?

本章小结

根据我国《广告法》第二条第二款的规定,广告是指商品经营者或者服务提供者承担费用,通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者所提供的服务的一

种宣传方式。据此简单类推可知，网络广告无非是利用网络从事的广告宣传活动，又称电子广告。随着网络技术的日臻成熟和广泛应用，网络被誉为继电视广播、报纸杂志和户外广告之后的第四大媒体，具有其区别传统媒体的独特性，主要表现为：

- (1) 广泛性；
- (2) 针对性；
- (3) 便捷性；
- (4) 互动性；
- (5) 开放性；
- (6) 普遍性。

目前，网络广告的类型比较复杂，主要可以按网络广告发布途径、网络广告的形式、网站在网络广告角色等标志进行分类。与传统广告相比，在网络广告中，由于广告主、广告经营者和广告发布者往往集三者于一身，因此，在广告主体的界定与审查方面存在一定的难度。不仅如此，随着网络广告的进一步发展与普及应用，又衍生了许多新的法律问题。主要表现在：

- (1) 网络虚假广告问题；
- (2) 隐性广告问题；
- (3) “垃圾邮件”广告问题；
- (4) 隐私权问题；
- (5) 广告管辖权问题；
- (6) 广告主、广告经营者和发布者定位问题等。

就这些新的法律问题而言，是我们无法用现行法律的概念和规则去理解和规范的。为此，我们有针对性地提出了一些法律对策与建议，以供参考，主要有：

- (1) 采取法律规范及专门规章规范相结合的方式；
- (2) 采取政府管理与行业自律相结合的方式；
- (3) 对因特网服务提供者实行有限责任制；
- (4) 网络广告的国际保护等。

最后，特别从网络广告的一般法规则；网络广告的特别法规则；网络广告的经营活动规则；网络广告的法律责任的四个方面，比较全面地阐述了完善我国网络广告法律制度的相应措施。

本章思考题

1. 简述网络广告的概念及其特征。
2. 简述网络广告的类型。
3. 简述网络广告中存在的主要法律问题。
4. 简述完善我国网络广告法律制度的具体措施。

第9章 电子商务中的税收法律问题

【学习目标】

- 理解、掌握电子商务对税收政策产生的影响；
- 理解我国电子商务税收的政策思路；
- 了解美国、欧盟对电子商务税收的政策主张。

9.1 电子商务对税收政策产生的影响

税收是一个国家财政收入的主要来源，也是国家实行宏观调控的重要经济杠杆之一。我国现行税种包括流转税、收益税、资源税、财产税、行为税等，其中流转税和收益税是我国税收制度中的主要税种，也是电子商务涉及的主要税种。2008 年我国的税收总额为 5.4 万亿元，其中流转税和收益税占了税收总额的 80% 以上。流转税是指以商品交换和提供劳务而发生的全部或部分货币流转额为课税对象的一类税，是许多发展中国家的主体税。我国现行的流转税制度主要包括增值税、营业税、消费税和关税等。收益税主要包括企业所得税、个人所得税等，是以纳税人的各种收益额为征税对象的一类税。

近年来，电子商务在世界范围内得到了迅速发展。根据联合国贸易和发展会议《2004 年电子商务发展报告》的统计数据，2003 年世界电子商务交易额达到了 3.88 万亿美元，比 2002 年增加 69%，并且预计到 2006 年世界电子商务的交易额将达到 12.84 万亿美元，占全球商品销售的 18%。与此同时，我国的电子商务也进入快速发展时期，平均年增长率达到 40%。2008 年我国电子商务的交易总额突破 3 万亿元人民币，据美国著名杂志《福布斯》预测，2010 年我国电子商务有望实现同比 90% 的增长。伴随着电子商务交易数额的持续增长，一个潜在的、庞大的税源正在逐渐形成，电子商务中的税收问题越来越成为亟待解决的难题之一。一方面，作为一种商业活动，电子商务毫无疑问应当纳税；另一方面，作为一种新型的商业活动，电子商务的全球性、无形性、无纸化等特点给传统的税收征管体制带来不容忽视的挑战。

9.1.1 无形产品交易带来的税收问题

传统的税收理论以有形化的产品和服务的流转交易为规范对象，是建立在有形交易的基础上的。而电子商务作为新型的交易方式，出现了信息产品等无形产品的交易，使现行的税收体制一时无所适从。

1. 无形产品交易使征税对象难以确定

征税对象是指税法规定对什么征税，即征税客体。如流转税以商品和非商品流转额为

征税对象,具体来讲,增值税以商品生产流通和劳务服务各个环节中的增值额为征税对象;营业税以提供应税劳务、转让无形财产或销售不动产的营业收入为征税对象。征税对象是区分各税种的首要标志,而不同的税种,其税率、税收环节等税收政策也各不相同。在传统的商务活动中,不同税种的征税对象是容易区分的;而在电子商务中,以数字化形式存在的信息产品往往难以界定其为何种征税对象。比如,在传统商务中,计算机软件记录在光盘等有形载体上销售时,按商品销售征收增值税。而在电子商务中,计算机软件的销售可以通过在线传送、在线下载等方式实现,不需要有形物品的交付,此时很难界定这种无形产品的交易是应当按商品流通征收增值税,还是按提供劳务或转让无形财产征收营业税。不同的界定对纳税人意味着不同的税率、不同的税收政策。即便无形产品交易的征税对象得以明确,假设税法规定为按商品销售征收增值税,仍然存在无形产品交易和在线服务难以区分的问题。由于增值税和营业税的税率不同,可能造成纳税人不同的税负,使得纳税人倾向按低税负的税种申报,以达到一定程度的避税目的。

2. 无形产品交易使纳税环节模糊不清

纳税环节是指应税商品在其整个流转过程中,税法规定应当纳税的环节。商品从生产到消费要经历许多环节,现行税法对纳税环节的规定是以有形商品的流通过程和经营业务活动为基础的。有形商品在不同环节的流动非常清晰,便于在不同的纳税环节进行征税;而无形产品交易具有很强的隐蔽性,商品在不同环节的流动表现为数字化信息的流动,而且信息流动瞬间即可完成,由于不存在有形物品的流动,税收部门难以进行监控,加之交易双方为了交易安全通常还会采取一定的加密措施,使得无形产品在各环节的流通更加难以区分。

3. 跨越国境的无形产品交易使关税征收之门形同虚设

关税是一国对进出本国国境的货物或物品征收的税种,是一国经济主权的表现。传统交易方式下,关税的征收由海关对进出口的商品进行价格和数量的检查评估,依法确定征收关税的数额。而对跨越国境的无形产品交易而言,海关根本无从得知、无法监控产品进出国境,更无法征收相应的关税。比如,美国某软件公司向中国某公司销售其软件产品,中国公司通过互联网在线向美国公司支付了购买软件的费用,美国公司在线履行了交付软件的义务,整个交易是一个完全的电子商务过程。在这个交易中,由于没有有形的商品进入中国国境,传统的关税征收制度发挥不了作用,无法对其征收相应的关税。相反,如果美国公司采取有形商品交付的履行方式,将软件储存在光盘上,然后通过海关运入中国国境并交付给中国公司,实际上与前面的在线履行仅仅是履行方式的差异,交易本身并无不同,但关税征收结果却截然不同。

9.1.2 纳税主体的难确定性

1. 根据虚拟地址难寻相对应的居民和企业

互联网为电子商务提供了广阔的发展前景,使电子商务有着得天独厚的全球贸易、全



天候贸易、无店铺贸易等优势。与此同时,由于互联网建立在虚拟的网络空间之上,交易各方很容易隐藏自己的真实身份,这不仅使交易的安全性受到置疑,也给税收征管部门确定纳税主体带来了困难。传统的税收制度通过住所来确认对居民的税收管辖权,通过营业地确认对企业的税收管辖权,如居住在A地的某居民,及营业地在A地的某企业,均由A地税收征管部门对其行使税收管辖权。但是在电子商务环境下,住所和营业地似乎变成了E-mail地址、网址之类的新型“住所”和“营业地”,然而这些“住所”和“营业地”与现实物理空间没有对应的地址,其登记的所有人身份可能完全是虚构的,因此根据这些“住所”和“营业地”去追寻相对应的居民和企业几乎不可能。而且这些“住所”和“营业地”极易变更,甚至彻底消失,其所有者的身份更是永远无法查清。因此,在只需要拥有一个网站就可以开展交易活动的电子商务环境下,确定纳税主体的身份是对其征税要解决的首要问题。

2. 难以确定企业的常设机构所在地

电子商务环境下,在对企业纳税主体身份确认时,还需解决如何确定常设机构所在地的难题。常设机构是确定国际税收管辖权的重要概念之一,目前在国际税收的管辖权制度中,主要存在三种确认标准:

(1) 属地原则或地域管辖权原则,以本国领土范围作为行使税收管辖权的依据,即一国政府对来自本国境内的所得和财产拥有征税权力;

(2) 属人原则或居民管辖权原则,以纳税主体是否具有本国国籍作为行使税收管辖权的依据;

(3) 混合原则,混合适用属地原则与属人原则,即对本国居民,运用属人原则,对其境内、境外的所得和财产征税,对非本国居民,则运用属地原则,对其在该国境内取得的所得和财产征税。

在适用属地原则时,首先必须确定所得来源地和财产所在地,以判断所得和财产是否来自本国境内。在确定所得来源地时,需借助“常设机构”这一概念。所谓常设机构,是指一个企业进行全部或部分经营活动的固定营业场所,包括管理场所、分支机构、办事处、工厂、作业场所等。目前国际上影响最大的两个国际税收协定范本《经济合作与发展组织范本》和《联合国范本》都对常设机构做了界定,强调常设机构是一个固定场所,是一种在另一国的看得见的客观存在;外国纳税人对该固定场所所有权长期使用;该固定场所要服务于外国纳税人的经营活动,而不是从属于其经营活动。但是在电子商务中,企业无须在国外设立常设机构便能开展国际贸易,常设机构的功能完全被设置在互联网上的企业网站所完成。比如,A国某企业经常性地通过互联网向B国境内销售其产品,此时,若按照传统上常设机构的定义,该企业在B国境内没有设立常设机构,B国对该企业从该国所得不能行使税收管辖权,这显然会造成B国的税收损失。

那么,基于网站及各种自动处理程序存储在服务器的事实,能否将服务器看作是企业的常设机构,而服务器所在地看作是企业的常设机构所在地呢?2000年3月,经济合作与发展组织财政事务委员会发布了《常设机构概念在电子商务背景下的运用:对经济合作与发展组织(OECD)税收协定范本第五条的注释的建议性说明》的修订草案,涉及到在电子商务中如何运用常设机构概念的问题,但对服务器能否作为企业的常设机构仍无确切

的说法。从服务器行使的代表企业从事商事活动的事实来看，将服务器看成企业的常设机构并无不妥，但考虑到服务器租用、服务器托管等情况，若前例中的企业将其服务器设在 C 国，则其在 B 国仍不存在常设机构，同时企业更改常设机构所在地也变得非常容易，只需租用新的服务器即可。因此，将服务器简单地看成互联网中的常设机构必然导致许多新的问题。

9.1.3 对增值税属地原则的冲击

增值税是流转税中的一个重要税种，在我国税收制度中占有重要地位，增值税约占我国每年税收总额的三分之一。增值税是以销售和进口货物以及提供加工、修理修配劳务的单位和个人取得的增值额为计税依据的一种流转税。关于增值税的纳税地点，根据 2008 年 11 月 5 日修订通过的《中华人民共和国增值税暂行条例》第二十二条规定：固定业户应当向其机构所在地的主管税务机关申报纳税，总机构和分支机构不在同一县（市）的，应当分别向各自所在地主管税务机关申报纳税；经国务院财政、税务主管部门或者其授权的财政、税务机关批准，可以由总机构汇总向总机构所在地的主管税务机关申报纳税。固定业户到外县（市）销售货物或应税劳务，应当向其机构所在地的主管税务机关申请开具外出经营活动税收管理证明，并向其机构所在地的主管税务机关申报纳税；未开具证明的，应当向销售地或者劳务发生地的主管税务机关申报纳税。非固定业户销售货物或者应税劳务，应当向销售地或者劳务发生地的主管税务机关申报纳税。可见，对在我国国内销售的商品和劳务征收增值税一般采用属地原则，即由纳税人在商品和劳务的销售地缴纳增值税。至于对进出口货物的增值税征收，各国通常采用目的地征税原则，也就是出口货物实行全额退税，使货物不含增值税出口，而进口货物与国内产品同样足额征收增值税。这样，确定商品和劳务的销售地是征收增值税的关键因素。电子商务尤其是在线履行的电子商务，对于税收征管部门来说，确定其商品和劳务的销售地非常困难。例如，国外 A 网站通过互联网销售并传送数字化产品给我国某公司，按照我国税法，应当向国外 A 网站征收进口货物增值税；同样，如果 A 网站是通过互联网向我国公司提供修理修配技术指导的，应当按应税劳务征收增值税，但实际上我国税务机关很难掌握这些交易的相关信息包括交易本身以及商品和劳务的销售地。反之，对于国内企业通过电子商务出口货物时，存在如何确定产品和劳务的销售地进而确定按出口产品享受出口退税优惠的问题。随着电子商务的发展，最终将导致产品和劳务销售地税收严重流失，使电子商务发达国家获得丰富的税源，加剧国家和地区间税源分布的不均衡。

电子商务环境下，增值税在整个税收体制中所占的比重会发生较大的变化。电子商务极大地减少了交易的中间环节，生产商同时也可以成为批发商、销售商，可以通过电子商务直接向最终用户销售自己的产品。传统贸易中商品在不同纳税环节的流通过程，可以简化为在一个企业内部的不同部门之间的流动，导致增值税征收环节的减少，使得以商品生产流通和劳务服务各个环节中的增值额为征税对象的增值税总量趋于减小，增值税在税收总额中的比重会逐渐下降。



9.1.4 电子商务带来的避税问题

防范避税工作历来都是各国税务当局征收管理工作中的一项重要内容。避税是指纳税人用不违法的手段,在税收法规许可的范围内,通过经营和财务活动的安排,达到规避或减轻税收负担的目的。尽管避税并不违反税法的规定,但本质上却与税收立法意图相悖,不仅使国家税基受损,导致税款流失,还会影响资本的正常流动,破坏公平竞争的经济环境。避税问题产生的客观原因主要在于各国、各地区在税收法律制度之间的差异,使得各国纳税人可以利用居所转移、收入和财产转移、转移定价与国际避税地等方式来达到避税目的。而电子商务的全球性、高科技性在为企业经营获得最大限度的利润、提供便利手段的同时,也为避税手段的使用提供了更大的操作空间。

1. 转移定价避税在电子商务环境下更易实现

转移定价是跨国公司经常采用的一种避税手段,跨国公司一般通过向国外关联企业以高于国际市场价格进口产品或劳务,而以远远低于国际市场价格出口产品或劳务,以减少在高税负国家企业的利润,降低相应的税负,达到一定程度的避税目的。而互联网的出现,使跨国企业更容易在全球范围内实现内部交易,价格转移更容易实现;网络交易技术和网络加密技术使税务机关对跨国公司内部价格转移的监管和控制更加困难。此外,电子商务中常设机构的难以确定导致难以对跨国企业内部交易进行区分,使跨国公司更容易利用转移定价方式实现避税。

2. 网络环境下更易利用国际避税地避税

国际避税地避税是通过在国际避税地建立公司,然后通过避税地的公司与其他地方的公司进行商业、财务运作,把利润转移到避税地,靠避税地的免税收或低税收减少税负的避税方式。英属维尔京群岛、开曼群岛、百慕大等地区由于不征收任何所得税而成为众多公司的国际避税地,但前提是公司必须要在上述地区根据当地法律进行登记注册。而网络环境下,国际避税地更容易成为全球企业的避税地,公司注册更为简单方便,如位于拉丁美洲的太平洋安提瓜岛已在国际互联网上建立网址,宣布可向使用者提供“税收保护”。

3. 利用避税地的“网络银行”避税

电子支付方式尤其是网络银行与电子货币的出现,使电子交易具有很强的隐蔽性。通常国内银行是一国税务机关重要的信息源,税务机关有权对纳税人的银行账户进行经常性的检查。但如果是设在避税地的网上银行,税务机关就很难再通过银行的支付交易记录对交易进行监控,避税更容易实现。目前,一些公司已开始利用电子货币在避税地的“网络银行”开设资金账户以实现避税。

9.1.5 无纸化带来的税收计征问题

传统的税法规定有严格的账簿、凭证管理制度,《中华人民共和国税收征收管理法》

及其实施细则有如下规定：

（1）纳税人、扣缴义务人按照有关法律、行政法规和国务院财政、税务主管部门的规定设置账簿；

（2）根据合法、有效凭证记账，进行核算；

（3）账簿、记账凭证、报表、完税凭证、发票、出口凭证及其他有关涉税资料应当合法、真实、完整，除法律、行政法规另有规定，应当保存 10 年；

（4）账簿、记账凭证、完税凭证及其他有关资料不得伪造、变造或者擅自损毁。

传统的税收征管和稽查以纳税人合法、真实、完整的账簿、凭证作为计税和稽查的依据，而电子商务活动中，从谈判签约、支付价款到数字化产品的交付等交易行为均是在线完成，交易过程中没有传统纸面文件、凭证的交换，电子商务的无纸化交易方式使税收征管稽查失去原始实物凭据。

即便在电子货币、电子票据、电子划拨技术被广泛使用后，由于电子记录是以非连续性的数字存储方式记录的，易于被删除、编辑、截断等，且不留痕迹，仍然存在电子纳税凭证的真实性问题，不像纸面凭证的涂改、伪造通过技术手段容易查明。为了保证电子商务交易的安全，所有的电子单证都是经过加密的，除非信息所有人通过自己掌握的私人密钥进行解密，否则根本无法得知交易信息。而强制其交出私钥，不仅与隐私权保护相冲突，而且一旦所有人拒绝交出，税务机关并没有其他途径获得交易信息。电子商务的无纸化交易方式给传统的税收征管手段也带来了前所未有的挑战。

9.2 国际与国内电子商务税收政策

9.2.1 国际电子商务税收政策

1. 美国的电子商务税收政策

美国作为电子商务最发达的国家，其网络交易市场占全球市场份额的近 80%，迅猛发展的网络经济，使美国不得不加紧研究制定电子商务税收政策，其主张体现在以下一些文件和法规中。

（1）《全球电子商务选择性税收政策》（Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce）。1996 年 11 月，美国财政部发表了《全球电子商务选择性税收政策》，力图对电子贸易尤其是互联网贸易带来的新的税收问题探寻灵活适用的国际标准。主张电子商务税收中立原则，即在制定相关的税收政策和税务管理措施时，应遵循中立原则，对类似的经济收入在税收上给予平等的对待，而不考虑这项交易所得是通过电子方式还是传统的商业渠道取得，以免阻碍新技术的发展；主张按居民税收管辖权课税，由于基于网络环境下的电子交易，使得来源地税收管辖权很难有效地发挥作用，并逐渐失去其合理性，但几乎所有的纳税人都是某个国家的居民，从管理的角度，地域管辖权应让位于居民税收管辖权。

（2）《全球电子商务纲要》（A Framework for Global Electronic Commerce）。1997 年 1



月1日,美国政府发布了《全球电子商务纲要》,被誉为美国全面进入信息化时代的“独立宣言”,提出了以下对电子商务征税的三个基本原则:

① 不能扭曲和阻碍贸易。任何税制都不能对商务种类进行歧视,也不应鼓励改变交易的性质和地点。

② 简单、透明。该制度应在保证国家获得绝大多数合理税收的同时,简单易行,并最大限度地降低各方的信息管理负担和成本。

③ 应使美国与国际上其他国家现行的税收体制兼容。

(3)《互联网免税法案》(Internet Tax Free Act, ITFA)。为了避免各州对互联网交易过分征税,美国国会于1998年10月通过了《互联网免税法案》。该法案禁止联邦、各州和地方政府在三年的期限内(1998年10月1日至2001年10月21日)对互联网开征新的税收,在法案通过之前制定并实施的税收,可继续适用于互联网交易;禁止对电子商务征收歧视性税收,禁止各州或地方政府的税收政策有意或无意地使得电子商务和其他以传统方式从事的州际商业相比处于不利的地位;禁止州和地方政府对互联网实行多重税收,无论税率和税基是否一样,只要对于相同的电子商务行为多个州或地方政府征收了同一或类似的税收,即属于多重征税。

该法案还授权建立了一个电子商务咨询委员会,研究对电子商务征税的适用问题。2000年4月,该委员会向国会提交报告,提议将目前三年的税收延期再推迟五年,至2006年为止;建议永久性禁止对互联网的连接征收新税;建议WTO对电子交易的关税延期应是永久性的,尽快执行互联网永久性零关税的规定。

(4)《1998年国内税务调整和改革法令》(Internal Revenue Service Restructuring and Reform Act of 1998, IRSRRA)。1998年7月22日生效的《1998年国内税务调整和改革法令》主要目的是改革国内税务局并将纳税人承担争议中的举证责任改为由国内税务局承担,但IRSRRA中关于电子签名的规则还是规定由纳税人承担举证责任。IRSRRA授权财政部长颁布程序和法规以调整联邦税款的电子申报与缴纳,以及电子或数字签名的采用等问题。IRSRRA授权国内税务局电子税收署促进以电子形式准备的电子纳税申报单,并提高电子纳税申报的总体使用率。国内税务局正在进行很多实验计划用来促进正当使用电子申报认证技术以及检验电子申报中数字签名技术的使用。这些改革措施为电子商务环境下的税收征管制度提供了有益的尝试。

2. 欧盟的电子商务税收政策

在电子商务发展规模上稍逊于美国的欧盟成员国,近年来也积极着手研究如何在欧盟范围内使用综合税收政策来解决电子商务税收问题。

1997年4月,欧洲贸易委员会发布了《欧洲电子商务动议》,支持美国财政部在《全球电子商务选择性税收政策》中提出的电子商务税收中立原则,认为通过修改现行税收原则较之开征新税和附加税更为适宜。

1997年7月,欧洲电信部长级会议通过了支持电子商务的《波恩部长级会议宣言》,主张官方应尽量减少不必要的限制,不再征收额外税收,扩大互联网的商业应用,初步阐明了欧盟为促进电子商务发展制定“清晰与中性的税收环境”的基本政策和原则。

1999年,欧盟提出了电子商务的税收准则:对电子商务不开征新的税种,而是适用现

有税种；数字化产品的在线传送视为应税劳务征收增值税；电子商务税收政策应易于执行；应确保电子商务税收的征收效率；为了便于税收征管，应对可能实行的电子票据作出规定。

值得关注的是，欧盟坚持对电子商务征收增值税，唯恐境外销售者税收的豁免会侵蚀其税收基础。1998年6月，欧盟委员会发表了《关于保护增值税收入和促进电子商务发展的报告》，在与美国就免征电子商务（在互联网上销售电子数字化产品）关税问题达成一致的同时，也迫使美国同意将通过互联网销售数字化产品视为劳务销售，征收间接税即增值税，并坚持在欧盟成员国内对电子商务交易征收增值税，以保护其成员国的利益。2000年6月7日，欧盟委员会发布了新的电子商务增值税方案，该方案要求欧盟境外的通过互联网向欧盟境内设有增值税纳税登记的顾客销售货物金额在10万欧元以上的企业，在欧盟境内进行增值税纳税登记，并缴纳增值税。2001年12月13日，欧盟各国财政部长会议达成协议，决定对欧盟以外地区的供应商，通过互联网向欧盟消费者销售数字产品（包括软件、音乐、视频产品 and 教育产品等）征收增值税，税率依欧盟各国现行增值税税率而定。

2003年7月1日，欧盟正式实施《欧盟电子商务增值税指令》（Directive 2002/38/EC），对非欧盟企业向欧盟个人消费者提供的直接电子商务征收增值税，同时对欧盟企业向欧盟境外的企业和个人消费者提供的电子商务不再征收增值税。

3. 经济合作与发展组织的电子商务税收政策

经济合作与发展组织（OECD）一直以来对全球电子商务活动保持着密切的关注，设有若干委员会负责相关领域的电子商务问题研究，也对电子商务税收问题进行了深入的研究。

1997年11月，OECD在芬兰举行会议，就电子商务税收问题达成以下共识：任何税收均应维持中立并确保税收合理分配，避免重复征税和过多的征纳成本；政府与企业界应共同合作解决税收问题；国际间应加强合作解决电子商务税收问题；税收不应阻碍电子商务的正常发展；比特税是不可行的。

1998年10月，OECD在加拿大渥太华召开了协调各成员国有关电子商务经济政策的部长级会议，通过了经合组织税务委员会（CFA）提交的《电子商务：税收框架条件》报告，提出国际税收机构应当简化其税收体系，尤其是对于较小的电子商务商业；明确表达了这样的观点，互联网上很难适用增值税；OECD的财政事务委员会主张“指导政府对传统商务征税的原则也应该用来指导他们对电子商务进行征税”，关于消费税，该委员会主张消费行为发生地就是征税地，对于数字化产品比如数字化书籍、音乐以及软件的交易，应该和其他产品的交易区别对待。会议还决定了国际组织今后对网上交易税收的政策分工：关税由世界贸易组织负责，海关程序由世界海关组织负责，增值税由欧盟负责，国际税收和直接税问题由经合组织负责。

OECD还制订了对互联网征税措施的以下七个评价标准。

（1）税收制度的中立性。开展相似交易、处于相似情形的纳税人应当以同样方式被征税。

（2）税收制度的简单性。无论对税收征管部门还是纳税人，税收成本应尽可能地减小。



(3) 税收制度的确定性。交易人应能预先知道对一项交易的征税情况,包括征税对象、纳税期限、纳税地点等。

(4) 有效性。应在适当的时间征收合理的税收,减少避税、逃税的可能。

(5) 避免经济上的曲解。企业的决策是基于商业动机而非税收的考虑。

(6) 灵活性。税收制度应具有充分的灵活性,以跟上技术和商业发展的步伐。

(7) 公平性。一国之内的税收调整和现存的国际税收原则的变化应当在结构上确保互联网征税税基在国家之间的公平分配,尤其是要考虑发达国家与发展中国家的税基分配。

4. 其他国际组织的电子商务税收政策

1998年5月20日,世贸组织在日内瓦召开的第二次部长级会议采纳了《关于全球电子商务宣言》,并敦促WTO总干事建立全面的工作计划,研究与贸易有关的全球电子商务问题,包括电子商务税收问题。会议同时达成协议,WTO成员国将继续对可在互联网上交付使用的软件等电子交易免征关税至2003年9月10日在墨西哥召开的第五次部长级会议。另外,根据商业部门的请求,WTO号召其成员国在电子商务征税问题上保持一种延期履行权。而商业部门也通过诸如“关于电子商务全球商业对话”(Global Business Dialogue on e-Commerce, GBDe)这样的团体,催促WTO使其将这种临时性延期履行权变成永久性的。

GBDe是1999年1月由欧盟成员创立的由世界一流企业组成的全球性组织,其目的在于通过电子商务的全球化,建立消费者信赖的电子商务环境,推动电子商务规范的自主性管理。关于电子商务征税,GBDe倡导政府应与商业部门加强对话,增进合作,强调改进基本税收原则以及直接税和间接税的运用,建立一个长远的、消除竞争上的扭曲、简单易行、中立而且是全球可行的税收政策。GBDe从企业的角度提出了中立性、简便性、公平性、强制性、技术上的高效性、国际合作和一致性等指导电子商务税收政策的基本原则。

5. 发展中国家的电子商务税收政策

大多数发展中国家的电子商务处于刚刚起步的阶段,对于电子商务征税问题研究较少,仍处于观望态度。但是由于发展中国家基本属于电子商务净进口国,而目前多数国家对于通过互联网交易并传送的产品如软件、音乐产品等既不征收进口税也不征收增值税。这种税收政策现状必然使发展中国家在电子商务税收方面损失更大,加剧与发达国家的经济实力差距。因此,发展中国家大多主张对电子商务征收关税,以保护民族产业和本国利益。与此同时,发展中国家对电子商务交易是否免征销售税(增值税)也相当谨慎,没有公开承诺免征销售税。印度政府于1999年4月28日作出一项决定:对在境外使用计算机系统,而由印度公司向美国公司支付的款项,均视为来源于印度的特许权使用费并在印度征收预提税,此项决定是对美国免税区主张的一个坚决否定。

另外,发展中国家对美国财政部文件提出的“按居民管辖权征税”持有异议,因为这样会使主要作为技术引进的发展中国家失去对来源于本国的收入进行征税,从而丧失很多税收收入。

9.2.2 我国电子商务税收政策的思路

我国的电子商务仅有十余年的发展历史，尚处于起步阶段，应用还处于初级水平，大部分电子商务仍是非支付型电子商务，即网上营销、网下支付、电子支付及结算系统不完善。另一方面，根据中国互联网络信息中心（CNNIC）2009年7月发布的《第24次中国互联网络发展状况统计报告》，截止2009年6月底，我国网民规模（3.38亿）、宽带网民数（3.2亿）、国家顶级域名注册量（1296万）三项指标稳居世界第一，互联网普及率稳步提升。互联网基础设施和应用的增长预示着电子商务在我国广阔的发展前景。

因而，在制定我国电子商务税收政策时，既要充分考虑我国电子商务目前所处的发展阶段，为电子商务营造宽松的发展环境，促进电子商务的发展；又要从长远考虑，借鉴其他国家的先进经验，制定合理的税收制度，防止税收流失。

1. 我国电子商务税收原则

参照国外电子商务税收政策，结合我国电子商务的发展特点，当前制定我国电子商务税收政策应遵循以下原则。

（1）税收中立原则。电子商务税收政策应公平对待通过不同贸易方式取得的同类收入，不应影响纳税人对商务种类的自由选择而成为电子商务发展的阻碍因素。这已成为世界各国的共识，是处理电子商务税收政策的基本原则。

（2）简单透明原则。电子商务税收政策应易于执行，尽可能降低税收部门和纳税人的税收成本，不给纳税人增加额外的纳税负担，并且税收政策应清楚明白、公布于众，使纳税人能合理预期电子交易的税负情况。

（3）有效灵活原则。电子商务税收政策应适应互联网的独特性，有效地对电子商务进行税收征管和稽查，同时兼顾网络技术不断发展的要求，税收政策应具有一定的灵活性，容纳一定程度的技术发展空间。

（4）适当优惠原则。由于我国电子商务还在起步阶段，为了鼓励企业积极采用先进的交易方式，促进电子商务在我国的发展，在税收中立原则的基础上，有必要对国内的电子商务采取暂时的、适当优惠的税收政策。

（5）国际合作原则。电子商务的全球性、隐蔽性使电子商务税收趋向国际化，一国在制定自己税收政策的时候，必须考虑借助国家之间的相互合作，包括情报交换、协调税基和税率、协助征管等方面的国际合作。同时，我国还应坚持发展中国家的利益需要，建立均衡、互利的电子商务国际税收分配制度。

2. 我国电子商务税收政策的选择

（1）是否征税的选择。对于电子商务是否应当征税，存在两种相对立的观点，即免税派和主税派。免税派主张，电子商务代表未来贸易的发展方向，政府应鼓励、扶持企业发展电子商务，建议将互联网宣布为免税区。凡无形商品（如电子出版物、软件、网上服务等）经由网络进行交易的，无论是跨国交易或是在一国之内的交易，均应一律免税；对有形商品的网上交易，仍按现行税收政策征税。主税派认为，税收是国家赖以生存的重要



财政支柱,电子商务作为日益增长的新税源,若对其实行免税将严重威胁国家的财政收入;另外,若对电子商务实行免税,将导致对其他传统贸易方式的歧视,违背税收公正和税收中立原则。

对比两派观点的意见,分歧点在于无形商品的网上交易是否应当征税。针对我国电子商务发展的现状,对电子商务进行征税有利于维护我国税收法律的统一性和权威性,避免滥用电子商务进行避税逃税现象的发生,同时也符合税收中立原则的要求,有利于市场经济对不同贸易方式的合理配置。当然,我国在不同经济发展时期对不同产业会采取一定的税收优惠措施,如我国为鼓励和推动软件产业的发展,自2000年6月24日起至2010年年底对软件产业实施增值税优惠措施,即对增值税一般纳税人销售其自行开发生产的软件产品,按17%的法定税率征收增值税后,对其增值税实际税负超过3%的部分实行即征即退政策。作为暂时的过渡政策,对电子商务也可采取类似的税收优惠甚至一段期间的免税政策,以促进我国电子商务的快速发展,但这并不影响我国应对电子商务进行征税的整体政策。

(2) 税种的选择。电子商务对现有税收体制的挑战毋庸置疑,原有的税种是否适合电子方式的交易,对此有不同的看法。有的学者主张,电子商务引起了税收制度的全面改革,对电子商务按原有税种征税面临许多难题,因此主张对电子商务设计新的税种。目前较有影响的有两种方案,一是“比特税”(Bit Tax,也称“字节税”),由加拿大税收专家阿瑟·科德尔(Author Cordell)于1994年率先在一篇论文中构思,后经荷兰马斯特里赫特大学的卢·索尔特(Lue Soete)教授正式提出,主张对全球信息传输的每一数字单位征税,包括对增值的数据交易,如数据收集、通话、图像或声音传输等的征税,即以网络传送的信息流量的字节数作为计税依据计算应纳税款。另一种是“托宾税”(Tobin Tax),主张对网上交易的货币数量按比例征税。前一种方案遭到企业界和政府的反对,理由是在许多基本问题尚未搞清之前,如哪类信息的传输要征税、哪类纳税人可以免税、跨国经营所得的征税权如何划分、国际重复征税如何避免等,草率征税未必可行;而且不区分在线交易和数字通信、不区分数字信息不同经济价值,统一进行征税不公平。后一种方案会降低证券投资额,减少税基;而且也未考虑货币流量究竟是利息、股息还是特许权使用费,易引起避税问题。

目前,关于对电子商务征收新税的方案基本都遭到了否定,各国大多在原有税种中寻找合适的征税方案。美国对离线交易型电子商务如何征收销售税(由消费者在购买有形的个人财产时所付之税,由销售者代征)和使用税(由消费者对于在外州购买而在征税州使用的有形货物所付之税)仍有很大争议,大多数州对在线交易型电子商务即无形产品交易免征销售税和使用税。欧盟对离线交易型电子商务适用现有税种,对数字化产品等在线交易型电子商务按应税劳务征收增值税。将电子商务纳入我国现有税收体制中,离线交易型电子商务依据传统交易方式征税;对在线交易型电子商务,宜按转让无形资产或服务业征收营业税。

(3) 关税征免的选择。发达国家一直主张电子商务免征关税,美国更极力主张世界贸易组织通过《全球电子商务免税案》,试图通过WTO协议方式向全球推行电子商务免税的政策,而大多数发展中国家表示了强烈的反对意见。我国学者对是否征收关税有两种意见。主张对电子商务征收关税的认为,我国作为发展中国家,随着电子商务的迅猛发展,免税会造成越来越大的税收损失。支持电子商务免征关税的认为,我国采取“网上贸易零

关税”是明智之举，可推动我国电子商务的发展；逐步限制并取消关税壁垒是世界经济一体化潮流下的必然要求，作为国际贸易的一种形式，电子商务应服从这一客观要求，尽管电子商务免税可能对发展中国家造成一定税收损失，但电子商务也为广大发展中国家的企业尤其是无实力从事跨国经营的中小企业，提供了进入国际市场的可能性，也可分享免税带来的好处。从电子商务长远发展来看，我国应当对电子商务免征关税，这是电子商务关税的发展趋势，而且征收关税目前在技术上也不现实。

应当注意，对于电子商务免征关税的提法，仅对于在线交易型电子商务，对离线型电子商务，仍按现有的关税政策对其征收关税。

（4）税收管辖权的选择。在税收管辖权上，应坚持居民管辖权与地域管辖权并重的原则。尽管美国一直主张电子商务中，由于新技术及互联网贸易发展的要求很难适用地域管辖权征税，而居民管辖权能发挥更大的作用，但一般来说，发达国家有着大量的国外投资和跨国经营，坚持居民管辖权征税原则则使发达国家能够对本国居民在国外的所得和收入进行征税；相反，发展中国家国外投资较少，国外收入也较少，放弃地域管辖即收入来源地管辖将会损失大量的税收，所以往往坚持地域管辖权以维护本国对国际税收的管辖权。我国自改革开放以来，出台各种政策、优惠措施以吸引外来投资，外来投资较多，因此在对电子商务的税收管辖上应坚持地域管辖原则。但不可否认，地域管辖原则在电子商务环境下实施起来有很大的困难，在税收征管技术问题尚未解决之前，一味坚持地域管辖权没有实际意义，应采取地域管辖权与居民管辖权并重的原则。同时，我国应积极研究制定措施，完善我国税法，防止在税收征管实践中地域管辖权的弱化，避免居民管辖权的扩大应用。

3. 我国电子商务税收体制

电子商务的迅猛发展要求我国必须改革现有的税收管理体制。目前，我国已开始研究并制定相关政策，以应对电子商务对税收体制的挑战。国务院办公厅于2005年1月8日发布了《国务院办公厅关于加快电子商务发展的若干意见》，要求有关部门研究制定鼓励电子商务发展的财税政策，加快研究制定电子商务税费优惠政策，加强电子商务税费管理。电子商务税收体制的建立是一个系统化的工程，应当实现从税务登记、账簿凭证管理、纳税申报、税款缴纳、发票管理到纳税检查等各个环节税收征管的电子化、网络化，建立健全配套的电子商务税收体制。

（1）建立电子税务登记制度。国家税务总局应当制定全国统一的网络交易纳税人的识别码以及相应的查询信息库，建立网络交易纳税人的登记管理制度。从事电子商务的纳税人应到当地税务机关办理电子税务登记，填报企业买卖商品与提供服务所设立的网址、网上商品交易的种类、品名以及用于交易结算的方法、网络银行账户、电子邮箱地址、服务器所在地等相关资料，税务机关审查后向其分配唯一的纳税识别码，并将纳税人的基本资料输入数据库。纳税人税务登记信息若发生变化，应及时到当地税务机关办理变更、注销登记，税务机关应及时更新信息库。

（2）规范电子账簿和电子凭证。为保证网络交易的真实性，应当建立电子凭证的认证制度，对电子凭证中所记录的交易基本资料的真实性以及网络交易纳税人身份的真实性进行确认。我国《电子签名法》已于2005年4月1日生效，电子签名认证机构正逐步完



善。电子凭证的认证可借助电子签名认证机构的组织形式,赋予该机构以电子凭证认证的职能,利用技术手段,对大宗交易纳税人所持凭证数据的真实性、可靠性进行确认,避免他人冒名传送虚假会计资料行为的发生。

(3) 加快实施电子征税制度。电子征税包括电子申报和电子结算两个环节。电子申报指纳税人利用自己的终端计算机,通过互联网等通信网络系统,直接将申报资料以电子方式发送给税务部门,不必亲自前往即可完成税务申报的方式;电子结算指国库根据纳税人的税票信息,直接从其开户银行划拨税款的过程。第一个环节解决了纳税人与税务部门之间的电子信息交换,实现了申报无纸化;第二个环节解决了纳税人、税务部门、银行及国库间电子信息及资金的交换,实现了税款收付的无纸化。电子商务的无纸化要求纳税申报和结算实现电子化,同时电子征税制度也方便了纳税人,有利于提高申报效率,降低纳税成本。

(4) 使用电子发票配套管理。随着电子申报、征税制度的建立和实施,纳税各环节基本实现无纸化的同时,可以考虑在传统纸质发票使用的基础上,使用电子发票。建立电子发票管理数据库,实现发票的领购、填开、保管无纸化、电子化。电子发票的应用,一方面可提高税收各环节的效率,完善电子税收体系;另一方面可有效地杜绝各种形式的虚假发票。

(5) 完善电子税收稽查制度。网络交易的税务稽查是指税务机关直接通过互联网获取纳税人所属行业情况、货物和服务的交易情况、银行资金流转情况、发票稽核情况及其关联企业情况等信息,并对这些信息进行核对和检查的过程。电子商务的迅速发展要求稽查部门采用先进的技术手段,与网络银行资金结算中心、电子商务认证中心、工商行政管理部门以及公安等部门联网实现信息共享,共同构筑电子化的税务稽查监控网络。

(6) 加强国际情报交流与协调。电子商务的全球性决定了电子商务税收的全球化趋势,仅靠一国税务部门之力很难对电子商务复杂的税收环境进行全面、有效的管理和监控,必须加强国家间的情报交流与合作,打击网络环境下新型的避税、逃税行为,加强国际间的合作,协调国际税收管辖权问题,避免对电子商务重复征税。

4. 电子商务税收实践指南

企业在从事电子商务活动时,应注意以下相关的税收制度。

(1) 电子商务企业应当办理公司或其他商业登记和营业登记,进行税务登记,并依法申报缴纳相关税款。

(2) 对 B2B 和 B2C 电子商务按我国现有税法规定征税,对 C2C 电子商务征税政策较宽松。

(3) 通过电子商务进行离线型国际贸易,关税及其他相关税收与传统国际贸易没有差别。

(4) 通过电子商务进行在线型国际贸易,可能面临其他国家征税的可能,如欧盟规定向欧盟消费者销售数字产品征收增值税,但目前仍是零关税。

(5) 电子商务企业应确保账簿、凭证等记录保管系统符合税务部门的要求。

(6) 对电子商务如何征税的国际性指导规则现在还处在构思阶段,需要密切关注任何新的动向。



本章小结

电子商务的全球性、无形性、无纸化给传统的税收征管体制带来了巨大的挑战。电子商务中无形产品交易使征税对象难以确定、纳税环节模糊不清、关税无从征收；电子商务的纳税主体也难以根据虚拟的地址确定；企业常设机构所在地对确定国际税收管辖意义重大，但由于服务器租用和托管等情况的存在，其确认成为一大难题，目前对于服务器所在地能否作为企业常设机构所在地尚不明确；增值税是各国重要的税种，在线履行的电子商务极大地减少了增值税征收环节，对增值税的属地原则造成很大的冲击，造成商品和劳务销售地增值税严重流失；电子商务提供了更大的避税空间，电子商务环境中，在避税地注册公司更为简单方便，利用转移定价和避税地的网络银行避税更容易实现；电子商务的无纸化交易方式也给传统的税收征管手段带来了新的挑战。

世界各国及国际组织都在积极探索电子商务税收问题。美国主张按居民税收管辖权课税，坚持电子商务税收中立原则，禁止对电子商务开征新的税种；欧盟也阐明了塑造清晰与中性的税收环境的基本政策和原则，但坚决主张对电子商务征收增值税；经济与合作发展组织积极协调各成员国电子商务的税收政策，制定了对互联网征税措施的评价标准，对促进国际电子商务税收政策的发展起到了重要作用；由于利益上的冲突，发展中国家对电子商务税收政策的立场不同于发达国家，主张对电子商务征收关税，反对按居民税收管辖权征税。

我国电子商务还处于起步阶段，研究制定合理的电子商务税收制度，不仅有利于保障国家的财政收入，而且有利于促进我国电子商务的发展。制定我国电子商务税收政策应遵循以下原则：税收中立原则、简单透明原则、有效灵活原则、适当优惠原则、国际合作原则。在具体税收政策上，应当坚持对电子商务征税，将电子商务纳入我国现有税收体制中，对电子商务实行免征关税，在税收管辖权上坚持居民管辖权与地域管辖权并重；同时，全面改革我国现有税收管理体制，建立全方位的电子商务税收制度。

案例分析

网上交易偷税第一案

2007年6月5日，上海市普陀区人民检察院以“偷税罪”，将上海黎依市场策划有限公司及法定代表人张某告上了法庭。黎依公司成立于1999年。作为公司的法定代表人兼经理，张某全面负责这家公司的经营管理。由于看好网上销售的前景，2006年6月起，黎依公司开始在互联网上经营婴儿用品，生意越做越大，堪称红火。2006年6月至12月，短短半年时间，黎依公司销售货物的总金额达到289.5万元。尽管销售额节节攀升，但黎依公司为了偷逃国家税款，采用不开具发票、不记账的方式，不向税务机关申报纳税。经上海市普陀区国家税务局税务核定，黎依公司应缴增值税11万余元，已缴增值税0元，少缴比例为100%。被告辩称，公司开了好几年，此前都是缴税的，后来通过网络交易后，



而网络交易大家都没缴税，才没有缴税的。

经审理，法院作出一审判决，被告单位黎依公司犯偷税罪，判处罚金 10 万元；被告人张某犯偷税罪，判处有期徒刑两年，缓刑两年，并处罚金 6 万元。其后，被告未提起上诉，一审判决生效。这是我国首例网上交易因偷税被判刑罚的案件。

案例讨论题：

1. 本案中税务机关在税务征收与稽查中可能遇到哪些困难？
2. 本案中被告的辩称是否成立？为什么？
3. 据统计，国内著名电子商务交易平台——淘宝网的注册会员中绝大多数为个人用户，他们在淘宝网上开设个人网店，从事交易活动。如果本案中被告开设的是个人网店，是否仍然构成偷税罪？为什么？

思 考 题

1. 电子商务的发展对传统的税收政策产生了哪些影响？
2. 对比美国与欧盟电子商务税收政策有哪些差异？
3. 简述经济与合作发展组织对电子商务的税收政策。
4. 简述发展中国家与发达国家在电子商务税收政策上的分歧。
5. 我国电子商务税收政策应坚持哪些原则？
6. 结合电子商务的特点，应如何构建我国电子商务税收体制？

第 10 章 电子商务安全法律制度

【学习目标】

- 掌握电子商务的安全隐患、电子商务的安全要素；
- 掌握电子商务采用的主要安全技术及其标准规范；
- 理解电子商务安全的概念和特征；
- 了解互联网管理制度、计算机犯罪的定义及法律特征。

10.1 电子商务安全概述

10.1.1 电子商务安全的概念与特征

随着互联网的发展，电子商务已经逐渐成为人们进行商务活动的新模式。越来越多的人通过互联网进行商务活动，因而其安全问题也变得越来越突出。如何建立一个安全、便捷的电子商务应用环境，已成为商家和用户都十分关心的话题。

1. 电子商务安全的概念

所谓安全，从网络的角度来看，它是指网络上所有信息的安全，包括各行各业为保证数据的完整性、可用性、真实性、保密性等的相关技术和理论都是网络安全的研究领域。国际标准化组织（ISO）对计算机系统安全的定义是：为数据处理系统建立和采用的技术和管理的安全保护方法，保护计算机硬件、软件和数据不因偶然和恶意的原因遭到破坏、更改和泄露。由此，我们可以将计算机网络安全理解为：通过采用各种技术和管理措施，使网络系统正常运行，从而确保网络数据的可用性、完整性和保密性。所以，建立网络安全保护措施的目的是确保经过网络传输和交换的数据不会发生增加、修改、丢失和泄露等。

电子商务安全从整体上来说，可分为两大部分：计算机网络安全和商务交易安全。计算机网络安全的内容包括计算机网络设备安全、计算机网络系统安全、数据库安全等。其特征是针对计算机网络本身可能存在的安全问题，实施网络安全增强方案，以保证计算机网络自身的安全性为目标。商务交易安全则紧紧围绕商务活动，在互联网上应用时产生的各种安全问题，商务交易安全是在计算机网络安全的基础上保障交易过程的顺利进行，即实现电子商务信息的完整、保密、可鉴别、不可篡改、不可伪造和不可抵赖。

2. 电子商务安全的特征

电子商务安全具有系统性、确定性、有条件性和动态性四个特征。

（1）系统性。电子商务安全的系统性是指构成电子商务安全所包括的一系列因素。



既有计算机网络安全和商务交易安全等技术上的问题,还有管理上的问题,以及与社会上的道德准则和人们的行为习惯等方面的有关问题。哪一个因素存在问题,都会给电子商务安全带来不利的影响。

(2) 确定性。电子商务安全的确定性是指电子商务安全无论从网络技术的角度、管理规章的角度、法律制度的角度还是从安全防范的角度来说,都要确保电子商务过程的顺利进行。

(3) 有条件性。电子商务安全的有条件性是指电子商务安全是在特定环境下实现的,有时需要加大投入,并且会因多次的复杂运算使信息的传递速度降低。这也是电子商务安全的成本和代价。

(4) 动态性。动态性是指电子商务安全需要从网络技术、管理规章,法律制度、安全防范的角度不断地检查、评估和调整相应的安全策略,以保证电子商务在不断拓宽服务领域时安全保障措施能够及时跟上。

10.1.2 电子商务安全的威胁

电子商务在全球范围内的迅猛发展,使电子商务中的安全问题日益突出。在传统的交易过程中,买卖双方是面对面的,很容易建立起信任关系,保证交易过程的安全性。但在电子商务过程中,消费者、商户、银行是通过网络来联系,通过网络来完成购物、支付等一系列的商务活动。如果系统不能安全可靠地工作,就会使交易中断,以致无法完成。系统的安全性被破坏,非法入侵者就有可能假冒成合法的用户来篡改用户数据,解除用户订单或生成虚假订单,使用户遭受损失。消费者将个人数据或自己的身份数据(如口令)发送给商家时,这些信息也可能在传递过程中被窃取,使消费者受到损失。因此,电子商务系统中网络和交易各方面都面临着安全的威胁。

1. 网络主要安全隐患

(1) 计算机病毒。计算机病毒通过 Internet 的传播给上网用户带来极大的危害。病毒可以使计算机和计算机网络系统瘫痪、数据和文件丢失。在网络上传播病毒可以通过公共匿名 FTP 文件传送,也可以通过邮件和邮件的附加文件传播。电子邮件存在着被拆看、误投和伪造的可能性。使用电子邮件来传输重要商业机密信息存在着很大的危险。

(2) 操作系统中存在的安全隐患问题。目前网络操作系统中明显存在的安全脆弱性问题会直接影响安全服务。在计算机上存储、传输和处理的电子信息,往往缺乏对信息的来源和去向是否真实,内容是否被改动,以及是否泄露数据等的判断和鉴别。在应用层支持的服务协议中也存在着不安全因素。

(3) 黑客(Hacker)入侵的问题。Internet 是一个开放的、无控制机构的网络,黑客(Hacker)经常会侵入网络中的计算机系统,或窃取机密数据和盗用特权,或破坏重要数据,或使系统功能得不到充分发挥直至瘫痪。同时,Internet 的数据传输是基于 TCP/IP 通信协议进行的,这些协议也缺乏使传输过程中的信息不被窃取的安全措施。

2. 电子商务交易普遍存在的安全隐患

(1) 信息的截获和窃取。在没有加密措施或加密等级不高时，入侵者可能通过互联网、公共电话网和在电磁辐射范围内安装截取装置，或在数据包通过的网关和路由器上截获数据，以获取机密信息。入侵者还可以通过对信息流量和流向、数据编码方式长度等参数的分析，推断有用信息，如消费者的银行账号、密码以及企业的商业秘密等。

(2) 信息的篡改和恶意破坏。当入侵者熟练掌握了网络信息的格式后，就可以通过各种技术方法和手段对网络传输的信息进行中途修改，并送往目的地，从而破坏信息的原始形态和完整性。采取的手法主要有三种：一是篡改，改变信息数据流的次序，更改信息的内容；二是删除，删除某个信息或某部分信息；三是插入，在正常的信息中插入一些新内容，成为无法理解或错误的信息。

(3) 信息的假冒。当入侵者掌握了网络信息数据规律或解密了商务信息以后，可以假冒合法用户的身份或发送假冒信息来欺骗其他用户。信息的假冒通常有两种方式。一是伪造电子邮件，虚开网站和商店，给用户发电子邮件，收订货单；大量占用网络资源，使合法客户不能正常访问；窃取商家的商品信息和用户的信用信息。二是假冒他人身份，发布信息，调阅密件；冒充主机欺骗合法主机及合法用户，冒充网络控制程序，套取或修改使用权限、通过字、密钥等信息，接管合法用户，欺骗系统，占用合法用户资源。由于入侵者掌握了数据格式，并且可以篡改过往的信息，冒充合法用户发送假冒信息或主动获取信息，而远端用户通常很难发现或分辨真伪。

(4) 交易的反悔和单方面抵赖。交易抵赖包括多个方面，如发信者事后否认曾经发送过某条信息或指令；收信者事后不承认曾经收到过某信息或指令。购买者做了订单不承认；商家卖出的商品因价格差而不承认原有的交易等。

10.1.3 黑客与电子商务

1. 黑客的概念

“黑客”一词是来源于英文“Hacker”的译音。Hacker的原意是指用来形容独立思考，然而却奉公守法的计算机迷，以及热衷于编制计算机程序的编程人员。然而，随着社会发展和技术的进步，“Hacker”的定义有了新的演绎，出现了一类专门利用计算机进行犯罪的人。即凭借其自己所掌握的计算机技术，专门破坏计算机系统和网络系统，窃取政治、军事、商业秘密，或者转移资金账户，窃取金钱，以及不露声色地捉弄他人，秘密进行计算机犯罪的人。

关于黑客的概念，不同的人从不同的角度有不同的理解。有部分人认为，黑客是“热爱并精通计算机技术的网络狂热者”，并赋予他们“网上骑士”的桂冠；相反，另一部分人则认为黑客是“企图非法获取计算机系统访问权的人”，甚至将其描述为“网络恐怖主义分子”。但大多数人则认为，黑客是“试图通过网络非法获取他人计算机系统访问权并滥用计算机技术的人”。

黑客的概念是一个历史范畴，它随着计算机信息网络的发展而不断变化，在不同的年代有不同的内涵和外延。根据近年来黑客在网络空间的各种表现，有必要从法学上对当代黑客加以界定。



根据我国现行法律的有关规定,对黑客可以给出两个定义:一是广义的黑客,是指利用计算机技术,非法侵入或者擅自操作他人(包括国家机关、社会组织和个人,下同)计算机信息系统,对电子信息,交易安全具有不同程度的威胁性和危害性的人;二是狭义的黑客,是指利用计算机技术,非法侵入并擅自操作他人计算机信息系统,对系统功能、数据或者程序进行干扰、破坏,或者非法侵入计算机信息系统并擅自利用系统资源,实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的人。狭义的黑客包括在广义的黑客之中,前者基本上是计算机犯罪的主体,后者的行为不一定都构成犯罪。

黑客是威胁电子商务安全的大敌。它们入侵计算机系统,破坏系统的软件和硬件,造成系统崩溃或瘫痪;它们篡改交易数据,盗窃资金财物,造成正常交易双方发生纠纷和损失。

2. 黑客攻击的主要方式

黑客对网络的攻击方式是多种多样的,一般来讲,攻击总是利用“系统配置的缺陷”、“操作系统的安全漏洞”或“通信协议的安全漏洞”来进行的。到目前为止,已经发现的攻击方式超过 2 000 种,这些攻击大体可以划分为以下六类。

(1) 拒绝服务攻击。一般情况下,拒绝服务攻击是通过使被攻击对象(通常是工作站或重要服务器)的系统关键资源过载,从而使被攻击对象停止部分或全部服务。目前已知的拒绝服务攻击就有几百种,它是最基本的入侵攻击手段,也是最难对付的入侵攻击之一,典型示例有 SYN Flood 攻击、Ping Of Death 攻击、Land 攻击、WinNuke 攻击等。

(2) 非授权访问尝试。攻击者对被保护文件进行读/写或执行的尝试,也包括为获得被保护访问权限所做的尝试。

(3) 预探测攻击。在连续的非授权访问尝试过程中,攻击者为了获得网络内部的信息及网络周围的信息,通常使用这种攻击尝试,典型示例包括 SATAN 扫描、端口扫描和 IP 半途扫描等。

(4) 可疑活动。通常定义的是“标准”网络通信范畴之外的活动,也可以指网络上不希望有的活动,如 IP Unknown Protocol 和 Duplicate IP Address 事件等。

(5) 协议解码。协议解码可用于以上任何一种非期望的方法中,网络或安全管理员需要进行解码工作,并获得相应的结果,解码后的协议信息可能表明期望的活动,如 FTU User 和 Portmapper Proxy 等解码方式。

(6) 系统代理攻击。这种攻击通常是针对单个主机发起的,而并非整个网络,通过 RealSecure 系统代理可以对它们进行监视。

3. 黑客攻击行为的特征分析与反攻击技术

对绝大部分黑客的攻击手段已经有了相应的解决方法。反攻击技术(入侵检测技术)的核心问题是如何截获所有的网络信息。目前主要是通过两种途径来获取信息:一种是通过网络侦听的途径(如 Sniffer、Vpacket 等程序)来获取所有的网络信息(数据包信息、网络流量信息、网络状态信息、网络管理信息等),这既是黑客进行攻击的必然途径,也是进行反攻击的必要途径;另一种是通过对操作系统和应用程序的系统日志进行分析,来发现入侵行为和系统潜在的安全漏洞。

入侵检测的最基本手段是采用模式匹配的方法来发现入侵攻击行为，要有效地进行攻击首先必须了解入侵的原理和工作机理，只有这样才能做到知己知彼，从而有效地防止入侵攻击行为的发生。下面针对几种典型的入侵攻击进行分析，并提出相应的对策。

1) Land 攻击

攻击类型：Land 攻击是一种拒绝服务攻击。

攻击特征：用于 Land 攻击的数据包中的源地址和目的地址是相同的，因为当操作系统接收到这类数据包时，不知道该如何处理堆栈中通信源地址和目的地址相同的情况，或者循环发送和接收该数据包，消耗大量的系统资源，从而有可能造成系统崩溃或死机等现象的发生。

检测方法：判断网络数据包的源地址和目的地址是否相同。

反击方法：适当配置防火墙设备或过滤路由器就可以防止这种攻击行为（一般是丢弃该数据包），并对这种攻击进行审计（记录事件发生的时间，源主机和目的主机的 MAC 地址和 IP 地址）。

2) TCP SYN 攻击

攻击类型：TCP SYN 攻击是一种拒绝服务攻击。

攻击特征：它是利用 TCP 客户机与服务器之间三次握手过程的缺陷来进行的。攻击者通过伪造源 IP 地址向被攻击者发送大量的 SYN 数据包，当被攻击主机接收到大量的 SYN 数据包时，需要使用大量的缓存来处理这些连接，并将 SYN ACK 数据包发送回错误的 IP 地址，并一直等待 ACK 数据包的回应，最终导致缓存用完，不能再处理其他合法的 SYN 连接，即不能对外提供正常服务。

检测方法：检查单位时间内收到的 SYN 连接是否超过系统设定的值。

反击方法：当接收到大量的 SYN 数据包时，通知防火墙阻断连接请求或丢弃这些数据，并进行系统审计。

3) Ping Of Death 攻击

攻击类型：Ping Of Death 攻击是一种拒绝服务攻击。

攻击特征：该攻击数据包大于 65 535 字节。由于部分操作系统接收到长度大于 65 535 字节的数据包时，就会造成内存溢出、系统崩溃、重启、内核失败等后果，从而达到攻击的目的。

检测方法：判断数据包的大小是否大于 65 535 字节。

反击方法：使用新的补丁程序，当收到大于 65 535 字节的数据包时，丢弃该数据包，并进行系统审计。

4) WinNuke 攻击

攻击类型：WinNuke 攻击是一种拒绝服务攻击。

攻击特征：WinNuke 攻击又称带外传输攻击，它的特征是攻击目的端口，被攻击的目的端口通常是 139、138、137、113、53，而且 URG 位设为“1”，即紧急模式。



检测方法：判断数据包目的端口是否为 139、138、137 等，并判断 URG 位是否为“1”。

反击方法：适当配置防火墙设备或过滤路由器就可以防止这种攻击手段（丢弃该数据包），并对这种攻击进行审计（记录事件发生的时间，源主机和目的主机的 MAC 地址和 IP 地址）。

5) Teardrop 攻击

攻击类型：Teardrop 攻击是一种拒绝服务攻击。

攻击特征：Teardrop 是基于 UDP 的病态分片数据包的攻击方法，其工作原理是向被攻击者发送多个分片的 IP 包（IP 分片数据包中包括该分片数据包属于哪个数据包以及在数据包中的位置等信息），某些操作系统收到含有重叠偏移的伪造分片数据包时将会出现系统崩溃、重启等现象。

检测方法：对接收到的分片数据包进行分析，计算数据包的片偏移量（Offset）是否有误。

反击方法：添加系统补丁程序，丢弃收到的病态分片数据包并对这种攻击进行审计。

6) TCP/UDP 端口扫描

攻击类型：TCP/UDP 端口扫描是一种预探测攻击。

攻击特征：对被攻击主机的不同端口发送 TCP 或 UDP 连接请求，探测被攻击对象运行的服务类型。

检测方法：统计外界对系统端口的连接请求，特别是对 21、23、25、53、80、8 000、8 080 等以外的非常用端口的连接请求。

反击方法：当收到多个 TCP/UDP 数据包对异常端口的连接请求时，通知防火墙阻断连接请求，并对攻击者的 IP 地址和 MAC 地址进行审计。

对于某些较复杂的入侵攻击行为（如分布式攻击、组合攻击），不但需要采用模式匹配的方法，还需要利用状态转移、网络拓扑结构等方法来进行入侵检测。

10.2 电子商务安全法律制度

随着电子商务的发展和社会上的普遍应用，制定电子商务安全法律显得越来越必要和紧迫。法律要保护和促进生产力和科学技术发展。而法律通常相对滞后于科学技术的发展，又要受到科学技术发展的制约。同时，原有的法律法规不能保护和调整新兴的电子商务安全。因此，全面系统地电子商务安全和管理制定专门的法律、法规是十分必要的。

10.2.1 计算机信息系统安全保护等级制度

1. 计算机信息系统安全保护等级制度建立和划分的目的

计算机信息系统是由计算机及其相关的和配套的设备、设施（含网络）构成的，按照一定的应用目标和规则对信息进行采集、加工、存储、传输、检索等处理的人机系统。计

计算机信息安全保护等级制度建立和划分主要有三个目的：一是为计算机信息系统安全法规的制定和执法部门的监督检查提供依据；二是为安全产品的研制提供技术支持；三是为安全系统的建设和管理提供技术指导。计算机信息系统安全保护等级系列标准包括：计算机信息系统安全等级划分准则；计算机信息系统安全等级划分准则应用指南；计算机信息系统安全等级评估准则。

2. 计算机信息系统安全保护等级划分准则

计算机信息系统安全保护等级由低级到高级划分为五个等级。

第一级，用户自主保护级。本级的计算机信息系统通过隔离用户与数据，使用户具备自主安全保护的能力。它具有多种形式的控制能力，对用户实施访问控制，即为用户提供可行的手段，保护用户和用户组信息，避免其他用户对数据的非法读写与破坏。

第二级，系统审计保护级。与用户自主保护级相比，本级的计算机信息系统实施了更细的自主访问控制，它通过登录规程、审计安全性相关事件和隔离资源，使用户对自己的行为负责。

第三级，安全标记保护级。本级的计算机信息系统具有系统审计保护级的所有功能。此外，还提供有关安全策略模型、数据标记以及主体对客体强制访问控制的非形式化描述；具有准确地标记输出信息的能力；消除通过测试发现的任何错误。

第四级，结构化保护级。本级的计算机信息系统建立于一个明确定义的形式化安全策略的模型之上，它要求将第三级系统中的自主和强制访问控制扩展到所有主体与客体。此外，还要考虑隐蔽通道。本级的计算机信息系统，必须结构化为关键保护元素和非关键保护元素。计算机信息系统的接口也必须明确定义，使其设计与实现能经受更充分的测试和更完整的复审。加强了鉴别机制，支持系统管理员和操作员的职能，提供可信设施管理，增强了配置管理控制。系统具有相当强的抗渗透能力。

第五级，访问验证保护级。本级的计算机信息系统满足访问监控器需求。访问监控器仲裁主体对客体的全部访问。访问监控器本身是抗篡改的，能够分析和测试。为了满足访问监控器需求，计算机信息系统在其构造时，排除那些对实施安全策略来说并非必要的代码；在设计和实现时，从系统工程角度将其复杂性降低到最小程度。支持安全管理员职能；扩充审计机制，当发生与安全相关的事件时发出信号；提供系统恢复机制。系统具有很高的抗渗透能力。

10.2.2 有害数据防治制度

1. 有害数据与计算机病毒

有害数据，顾名思义是对计算机系统有破坏性的程序或数据。在有害数据中，计算机病毒是最大的有害数据。计算机病毒，是指在计算机程序中插入或编制破坏计算机功能或者毁坏数据、影响计算机使用，并能自我复制的一组计算机指令或程序代码。计算机病毒的种类非常多，仅以较为典型的病毒、蠕虫和木马技术为例来说明其有害性以及从制度上应当如何防治。



病毒、蠕虫和木马技术都是计算机程序。它们的设计就是为了改变、损害或者破坏存储在软盘或者硬盘上的数据。有的程序控制计算机，运行无害程序，可以在屏幕上显示诸如圣诞快乐之类的祝福语。有的程序则会蓄意完全破坏磁盘上的全部数据。这些程序目的类似，方式不同，危害也有区别。

病毒以附着于其他程序的方式而传播。当人们运行这种程序时，病毒就附着于更多的程序。如果经过足够的时间，病毒就可能感染计算机里的所有程序。病毒程序本身则仍然隐而不露，因此用户不会发现病毒的行为。如果将受感染的计算机上的程序传输给“健康”的计算机，“健康”的计算机也会受到感染。

病毒发作有四个阶段。第一个阶段是病毒的潜伏阶段。潜伏是把程序的来源隐藏起来，这样用户在感染发生以前就不会知道病毒的存在，这个阶段是随机的。第二个阶段是蔓延阶段，病毒传播给硬磁盘上的其他程序。第三个阶段是爆发阶段，在这个阶段预定事件的发生或者预定时间的到来使病毒进入最后阶段。第四个阶段即破坏阶段，普通的爆发起因是一个日期的到来，或者感染程序完成特定的运行次数。比如有的病毒只在程序运行三次后发生损害事故。

蠕虫是用一段软件来接管计算机上的数据为己所用。蠕虫是独立的，不感染其他程序。普通的蠕虫程序是每次运行都进行自我复制。随着蠕虫程序的增长和规模的扩大，磁盘上其他程序的所有空间都被蠕虫取代。可能还有一种蠕虫和病毒之间杂交的混合程序，兼具两种程序的特征。

木马技术程序表面上是执行一项任务，但却执行了有害的任务。木马程序声称要为用户执行有用的功能，而且实际上也是执行这个任务。但是在背后这个程序采取隐秘行动，执行自己恶意的计划。木马技术可以删除数据或者文档，把文档传输到隐秘的操纵者，或者格式化磁盘从而破坏磁盘上的所有数据。

有些病毒、蠕虫和木马技术曾经是相对无害的恶作剧，他们在屏幕上显示词句之后就消失了。他们的目的似乎是逗乐而不是损害。目前，无害程序已被有目的或者获利的病毒所代替，使有针对性的病毒大量产生。病毒问题在网络上的危害是无限的。

计算机病毒不只是进行恶作剧，有的病毒可以对一个公司的经济造成毁灭性的破坏。有的以秘密方式改变数据。比如一个程序可能秘密地改变空白表格程序或者数据库中的数据。当毫无戒备的公司使用这种改变了数据的空白表格程序或者数据库作出决定时，就会带来灾难性的结果。dBase 病毒和屏幕病毒就是两例这样的病毒。存在危险的另一个方面是病毒炸弹的威胁。美国某公司曾接到电话，声称病毒已经输入计算机网络中，除非找出，否则就会起爆。这个威胁是真的，该公司检查计算机网络并发现了病毒炸弹（Virus Bomb）。然而，即使是电话戏弄的情况下，公司也会花费大量的时间检查网络和数据库，查找病毒炸弹。

2. 对有害数据和计算机病毒的防治管理

目前我国对计算机病毒的防治，已经从单纯的技术防治向制度化防治过渡。从事计算机病毒防治和消杀的软件和硬件已广泛地投入使用，专用杀毒软件有 KILL、瑞星、金山和诺顿等，十分普及。从法律制度上，在《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》制定之后，又专门制定了《计算机病毒防治管理办法》，明确规定由公安机关具体负责计

算机病毒防治管理工作。

《计算机病毒防治管理办法》是加强对计算机病毒的预防和治理，保护计算机的应用与发展的规定；规定了任何单位和个人不得制作、传播计算机病毒；不得故意输入计算机病毒，危害计算机信息系统安全；不得向他人提供含有计算机病毒的文件、软件、媒体；不得销售、出租、附赠含有计算机病毒的媒体；不得有其他传播计算机病毒的行为；明确了计算机信息系统的使用单位在计算机病毒防治工作中应当履行的职责。

《计算机病毒防治管理办法》共有二十二条。第一条明确了立法依据和目的。第二条是对计算机病毒科学的定义。第三条是该《办法》所管辖的外延。第四条规定主管部门是公安机关公共信息网络安全监察部门。从第五条到第七条是禁止性条文，明令禁止不得制作、传播计算机病毒，危害计算机信息系统安全。第八条到第十条是计算机病毒防治产品生产部门、检测机构的义务和公安部公共信息网络安全监察部门的职责。第十条至第十五条是单位、个人在计算机病毒防治工作中应当履行的职责和义务。第十六条至第二十条是违反《计算机病毒防治管理办法》规定的处罚方法。最后两条是对该《办法》的解释性条款。

10.2.3 互联网管理制度

1. 国家对互联网管理的规定

由于国际互联网的迅速发展，需要相应的规则来保障安全运行，需要相应的法律规范来进行调整。我国对于互联网的管理制度从全国人大、国务院、信息产业部到国家保密局、公安部都出台了一系列的法律、条例、决定、规定和办法，在各个立法的层次都有相关的法律法规。由此可见，国家对互联网依法管理的重视。2000年12月28日，全国人大常委会发布了《关于维护互联网安全的决定》，就是从国家立法方面对互联网所作的重要规定。这个决定共有七条，具体内容如下。

（1）为了保障互联网的运行安全，对有下列行为之一，构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任：

- ① 侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统；
- ② 故意制作、传播计算机病毒等破坏性程序，攻击计算机系统及通信网络，致使计算机系统及通信网络遭受损害；
- ③ 违反国家规定，擅自中断计算机网络或者通信服务，造成计算机网络或者通信系统不能正常运行。

（2）为了维护国家安全和社会稳定，对有下列行为之一，构成犯罪的，依照刑法有关规定追究刑事责任：

- ① 利用互联网造谣、诽谤或者发表、传播其他有害信息，煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度，或者煽动分裂国家、破坏国家统一；
- ② 通过互联网窃取、泄露国家秘密、情报或者军事秘密；
- ③ 利用互联网煽动民族仇恨、民族歧视，破坏民族团结；
- ④ 利用互联网组织邪教组织、联络邪教组织成员，破坏国家法律、行政法规实施。



(3) 为了维护社会主义市场经济秩序和社会管理秩序,对有下列行为之一,构成犯罪的,依照刑法有关规定追究刑事责任:

- ① 利用互联网销售伪劣产品或者对商品、服务作虚假宣传;
- ② 利用互联网损害他人商业信誉和商品声誉;
- ③ 利用互联网侵犯他人知识产权;
- ④ 利用互联网编造并传播影响证券、期货交易或者其他扰乱金融秩序的虚假信息;
- ⑤ 在互联网上建立淫秽网站、网页,提供淫秽站点链接服务,或者传播淫秽书刊、影片、音像、图片。

(4) 为了保护个人、法人和其他组织的人身、财产等合法权利,对有下列行为之一,构成犯罪的,依照刑法有关规定追究刑事责任:

- ① 利用互联网侮辱他人或者捏造事实诽谤他人;
- ② 非法截获、篡改、删除他人电子邮件或者其他数据资料,侵犯公民通信自由和通信秘密;
- ③ 利用互联网进行盗窃、诈骗、敲诈勒索。

(5) 利用互联网实施本决定第一条、第二条、第三条、第四条所列行为以外的其他行为,构成犯罪的,依照刑法有关规定追究刑事责任。

(6) 利用互联网实施违法行为,违反社会治安管理,尚不构成犯罪的,由公安机关依照《治安管理处罚条例》予以处罚;违反其他法律、行政法规,尚不构成犯罪的,由有关行政管理部门依法给予行政处罚;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分或者纪律处分。

利用互联网侵犯他人合法权益,构成民事侵权的,依法承担民事责任。

(7) 各级人民政府及有关部门要采取积极措施,在促进互联网的应用和网络技术的普及过程中,重视和支持对网络安全技术的研究和开发,增强网络的安全防护能力。有关主管部门要加强对互联网的运行安全与信息安全的宣传教育,依法实施有效的监督管理,防范和制止利用互联网进行的各种违法活动,为互联网的健康发展创造良好的社会环境。从事互联网业务的单位要依法开展活动,发现互联网上出现违法犯罪行为和有害信息时,要采取措施,停止传输有害信息,并及时向有关机关报告。任何单位和个人在利用互联网时,都要遵纪守法,抵制各种违法犯罪行为和有害信息。人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关要各司其职,密切配合,依法严厉打击利用互联网实施的各种犯罪活动。要动员全社会的力量,依靠全社会的共同努力,保障互联网的运行安全与信息安全,促进社会主义精神文明和物质文明建设。

2. 互联网管理使用单位的安全责任

我国在互联网运行管理方面,对互联网服务商(ISP)、社会上的网吧,都制定了相应的管理制度。各行各业和各个单位在利用互联网开展工作时也都依照国家法律和规定,结合本地情况和本单位的工作制定相应的管理制度,以保障网络安全和信息安全。这些管理制度的主要内容如下。

(1) 从事国际互联网业务的单位和个人,应当遵守国家有关法律、行政法规,严格执行安全保密制度,不得利用国际互联网从事危害国家安全、泄露国家秘密等违法犯罪活

动，不得制作、查阅、复制和传播妨碍社会治安的信息和淫秽色情等信息。

（2）计算机网络系统运行管理部门必须设有安全组织或安全负责人，其基本职责包括：保障本部门计算机网络的安全运行；制定安全管理的方案和规章制度；定期检查安全规章制度的执行情况，负责系统工作人员的安全教育和管理；收集安全记录，及时发现薄弱环节并提出改进措施；向安全监督机关和上一级主管部门报告本系统的安全情况。

（3）每个工作站和每个终端都要建立健全网络操作的各项制度，加强对内部操作人员的安全教育和监督，严格网络工作人员的操作职责，加强密码、口令和授权的管理，及时更换有关密码、口令；重视软件和数据库的管理和维护工作，加强对磁盘文件和软盘的发放和保管，禁止在网上使用非法软件、软盘。

（4）网络用户也应提高安全意识，注意保守秘密，并应对自己的资金、文件、情报等重要事宜经常检查，杜绝漏洞。

网络安全保障是一个复杂的系统工程，它涉及诸多方面，包括技术、设备、各类人员、管理制度、法律调整等，需要在网络硬件及环境、软件和数据、网际通信等不同层次上实施一系列不尽相同的保护措施。只有将技术保障措施和法律保障措施密切结合起来，才能实现安全性，保证我国计算机网络的健康发展。

10.2.4 危害电子商务计算机信息系统安全犯罪

1. 计算机犯罪的定义及法律特征

计算机犯罪有广义与狭义之分。广义的计算机犯罪是指行为人故意直接对计算机实施侵入或破坏，或者利用计算机实施有关金融诈骗，盗窃、贪污、挪用公款，窃取国家秘密或其他犯罪行为的总称；狭义的计算机犯罪仅指行为人违反国家规定，故意侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术等计算机信息系统，或者利用各种技术手段对计算机信息系统的功能及有关数据、应用程序等进行破坏，制作、传播计算机病毒，影响计算机系统正常运行且造成严重后果的行为。这里指的计算机犯罪是狭义的。计算机犯罪具有以下法律特征。

（1）侵害的客体是计算机系统或计算机信息系统的运行管理秩序。我国刑法在有关计算机犯罪的条文中，涉及计算机系统和计算机信息系统两个不同的概念。根据《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》的规定，计算机系统是计算机信息系统及计算机单机系统的统称。计算机信息系统则专指计算机网络信息系统。无论是使用单机，还是使用网络，都必须遵守一定的操作规则。因为计算机犯罪都涉及社会的公共秩序，所以在刑法中将这类犯罪归于扰乱公共秩序罪。如果行为人利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，由于其侵害的客体不是计算机系统或计算机信息系统的运行管理秩序，所以只能依照刑法的有关规定定罪量刑，而不能按计算机犯罪的有关规定定罪处罚。

（2）行为人在客观方面表现为实施了侵入或破坏计算机系统的行为。所谓侵入是指违反国家规定，非法或越权侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术等计算机信息系统，但不包括侵入其他组织或者个人计算机信息系统。这里的国家规定，是指有关国家事务及



重要科学技术领域的安全管理及保密制度等方面的规定。这种侵入行为既包括属于上述领域信息系统的合法使用者,在职责分工上不具备某项权限而擅自使用该权限,即越权侵入;也包括其他不属于这些领域的非法使用者,违反国家有关规定侵入该信息系统,即非法侵入。所谓破坏是指通过一系列的操作,使计算机系统发生损坏的行为。通常表现为:一是利用网络用户的一些权限对网络上的数据进行修改(包括增加、删除);二是在网络上制作、传播破坏性程序,感染网上的数据、程序等;三是利用网络的超级用户权限对网络系统进行根本性的破坏;四是以发射干扰波的形式对网络中传输的数据进行干扰等。

(3) 行为人具有主观的犯罪故意。实施计算机犯罪的行为人在主观上可能是直接故意,也可能是间接故意。前者是指行为人在明知其行为是非法或会破坏计算机信息系统的情况下,故意实施侵入或破坏系统的行为;后者则指行为人对计算机系统的性能不了解,但仍然进行违规操作,导致计算机信息系统被破坏,这是一种放任的间接故意。

(4) 计算机犯罪的主体必须具有一定的计算机专业知识。由于这种犯罪属于智能型犯罪,如果不具备一定计算机专业知识的人因过失造成计算机信息系统的部分功能丧失,就不构成计算机犯罪;如果不具备计算机专业知识的人与具备计算机专业知识的人,为达到某种犯罪目的,经过共同策划,而由具有计算机专业知识的人员故意实施,或者由其指使不具备计算机专业知识的人实施侵入或破坏计算机信息系统或计算机系统的行为,就应以计算机共同犯罪论处。

2. 计算机单机犯罪与计算机网络犯罪

从当前计算机犯罪的载体来看,主要涉及单机犯罪和网络犯罪两种形式。

单机犯罪是指针对单机实施的制作、传播病毒的行为。从我国刑法第二百八十六条第三款的规定来看,涉及计算机单机犯罪的罪名只有制作计算机病毒罪和传播计算机病毒罪。

网络犯罪是指通过计算机网络实施侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术等计算机信息系统,或者利用各种技术手段对计算机信息系统的功能及有关数据、应用程序等进行破坏和故意制作、传播计算机病毒的行为。前者的罪名可以分别定为侵入国家事务计算机信息系统罪、侵入国防建设计算机信息系统罪、侵入尖端科学技术计算机信息系统罪;后者的罪名可以分别定为破坏计算机信息系统罪、删除计算机信息系统数据罪、修改计算机信息系统数据罪、增加计算机信息系统数据罪、删除计算机信息系统应用程序罪、修改计算机信息系统应用程序罪、制作计算机病毒罪、传播计算机病毒罪等。

计算机单机犯罪与网络犯罪属于计算机犯罪的两种不同形式,它们除具有共同的法律特征之外,还在三个方面具有相同之处。一是其犯罪的载体是同类物,即都是具有一定系统功能的计算机系统。对计算机造成的单纯物理毁坏,只属于损坏公私财物的行为,而不能看成是计算机犯罪。二是操作方式相似,都是以各种计算机能识别并能执行的命令对系统进行干预。三是运用的工具相同,即通过键盘、软驱、光驱等输入、输出设备来实施犯罪行为。

单机犯罪与网络犯罪的区别如下。

(1) 侵害的对象不同。前者侵害的是计算机的单机系统,具有特定性;后者侵害的既可能是网络服务器,也可能是各个工作站点,故后者侵害的对象是不特定的,具有广泛性。还应该指出的是,并不是所有联网的计算机都可成为网络犯罪的侵害对象,在不进网

时，它只能作为单机使用。只有当计算机进入网络开始工作后，才能算做一个工作站，才有可能成为计算机网络犯罪侵害的对象。

（2）危害程度不同。由于前者侵害对象特定，造成的损失一般都可以明确计算，故障也较易排除；而后者指向不特定的多数对象，一般难以估计其损失的程度，隐患也难以彻底消除，故后者的危害程度较前者要大得多。

（3）犯罪的比例不同。对单机实施破坏行为必须与该机进行直接接触，操作也较为复杂，在实施该行为的过程中易被他人发现，风险性较大；网络上则不然，它只要在可进网的任何一台计算机上进行操作，就可以破坏主机或其他站点，甚至造成整个网络系统的瘫痪，而这种操作行为不易被发现或难以控制，故罪犯对网络较为青睐。与单机犯罪相比，网络犯罪要普遍得多，网络犯罪是计算机犯罪的主要形式。

3. 利用计算机犯罪与计算机犯罪的界定

（1）利用计算机犯罪。为明确利用计算机实施有关犯罪的定罪处罚问题，我国刑法第二百八十七条规定，利用计算机实施金融诈骗，盗窃、贪污、挪用公款，窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照刑法关于金融诈骗，盗窃、贪污、挪用公款，窃取国家秘密或者其他犯罪的规定定罪处罚。在这里所明确的五个具体罪名中有四个与金融相关，这是根据我国目前计算机应用的具体情况而设定的。但利用计算机实施的犯罪还远远不止这些。以当今世界上最流行的全球互联网络 Internet 为例，对多数用户来说，主要是享用其信息资源。但在利用该网络时，就有可能涉及以下几个方面犯罪：

① 利用网络电子布告板免费发送软件——非法复制软件，侵犯著作权，给国家或个人造成重大利益损失的，可以按侵犯知识产权罪中的有关规定定罪量刑；

② 利用网络发表反政府言论、恐怖言论和从事颠覆破坏活动，可以按危害国家安全罪中的有关规定定罪量刑；

③ 利用网络传播内容淫秽的视听资料的，可以按传播淫秽物品罪中的有关规定定罪量刑。

利用计算机犯罪和计算机犯罪在犯罪的表现形式上都是通过计算机这种载体来实施某种犯罪行为，都属于智能型犯罪。例如：

1998年9月22日，工商银行扬州支行某储蓄所在当日结账时，微机显示比流水账单多出72万元。该所立即向扬州支行计算机中心请求查询，结果显示：当日中午12时32分34秒至12时42分54秒内，该所连续存款16次，每次存4.5万元，共计72万元。从12时50分至14时06分期间，在该行市区的8个储蓄所，又被连续取款共26万元。扬州工商银行当晚报案，市公安局立即组织了专案组进行侦查。

技侦人员对现场进行了细致的勘查。他们首先发现了有人撬锁潜入储蓄所的痕迹，接着又发现有人在工作间安置了专用变压器、调制解调器、子母电话机、无线接收板等，与储蓄所的计算机网络相连接，安装后仔细伪装了现场。

专案组调查发现了一个来自镇江的可疑电话，通过分析判断，罪犯落脚镇江的可能性很大。在镇江市公安局的大力协助下，扬州公安机关抓获了犯罪嫌疑人郝景龙和郝景文。

经审查得知，二人系孪生兄弟，郝景龙在镇江市工商银行工作，郝景文现无业。1998



年9月21日夜,郝景文潜入扬州某储蓄所,安装了上述装置并与储蓄所内计算机相连接,且作了伪装,次日中午又去该所以假名存款200元,诱使储蓄所计算机处于联机状态,并用子母电话机拨通了他们在扬州临时住址的电话,由郝景龙在此利用自己的计算机接入储蓄所的终端,进入工商银行主操作系统,向事先预设的16个账号各输入4.5万元。接着二人会合,并于一个多小时内,在市区8个储蓄所共取款26万元。这是我国第一起使用遥控发射装置,侵入银行计算机系统盗窃巨款的利用计算机犯罪案件。

(2) 利用计算机犯罪与计算机犯罪的区别如下。

① 侵害的客体不同。利用计算机犯罪侵害的客体是国家的金融管理秩序、经济管理秩序、公私财产的安全等;而计算机犯罪侵害的客体是计算机信息系统或计算机信息系统的运行管理秩序。

② 主观故意不同。利用计算机犯罪是金融诈骗,盗窃、贪污、挪用公款,窃取国家秘密的故意;而计算机犯罪是侵入计算机信息系统、破坏计算机信息系统的故意。

③ 犯罪目的不同。利用计算机犯罪是为了非法占有公私财物、危害国家安全等;而计算机犯罪是为了扰乱计算机系统的正常运行及管理。

④ 对计算机系统的操作手法和影响不同。利用计算机犯罪只是将计算机作为犯罪的工具,操作手段只是对计算机功能的某些应用,既不会影响计算机系统的正常运行状态,也不会造成系统功能的破坏,计算机系统仍能一如既往运行,完成其日常的工作。例如,利用计算机进行金融诈骗,贪污、挪用公款等犯罪,行为人一般采取的是首先窃取计算机系统中各种相互关联的业务系统的操作密码(依正常工作程序,这些密码只能分别掌握在处理不同业务的人手中),当这些密码被同一个人知晓后,就相当于通过了层层关口,侵入了金库的大门,然后在计算机上任意调取资金,将公款或他人款项调入自行开设的账户之中,最后即可通过正常的取款途径,实现其犯罪的目的。计算机犯罪的操作手法则不同,为了达到破坏的目的,行为人会采取各种技术手段,违背操作程序,任意删改系统功能,删改传输数据,最终的结果是使计算机系统无法正常运行甚至瘫痪。

⑤ 定罪量刑的依据不同。利用计算机进行犯罪的,应当分别依照刑法有关金融诈骗,盗窃、贪污、挪用公款,窃取国家秘密或其他犯罪的条款,进行定罪量刑;计算机犯罪则应依照修订后的刑法第二百八十五条和第二百八十六条的规定定罪量刑。

10.3 电子商务安全的技术保障和法律保障

电子商务安全的实现主要依靠技术保障和法律保障两个方面。技术保障与法律保障两者相互补充,缺一不可。技术保障主要是利用技术手段从客观上限制人们的行为,使之不能作为。法律保障则是利用法律制度,从主观上约束人们的行为。

10.3.1 加密技术的开发应用

现代的计算机加密技术是适应网络安全的需要应运而生的,它为我们进行一般的电子商务活动提供了安全保障,如在网络中进行文件传输、电子邮件往来和进行合同文本的签署等。其实,加密技术也不是什么新生事物,只不过应用在当今电子商务、计算机网络



中还是近几年的事情。

1. 加密技术的由来

加密作为保障数据安全的一种方式，它产生的历史相当久远，其起源可以追溯到公元前 200 多年以前，虽然它不是现在我们所讲的加密技术（甚至不叫加密），但作为一种加密的概念，确实早在几个世纪前就诞生了。当时埃及人是最先使用特别的象形文字作为信息编码的，随着时间推移，巴比伦、美索不达米亚和希腊文明都开始使用一些方法来保护他们的书面信息。

近期加密技术主要应用于军事领域，如美国独立战争、美国内战和两次世界大战。最广为人知的编码机器是 German Enigma 机，在第二次世界大战中德国人利用它创建了加密信息。此后，由于 Alan Turing 和 Ultra 计划以及其他人的努力，终于对德国人的密码进行了破解。当初，计算机的研究就是为了破解德国人的密码，人们并没有想到计算机给今天带来的信息革命。随着计算机的发展，运算能力的增强，过去的密码都变得十分简单了，于是人们又不断地研究出了新的数据加密方式，如利用 ROSA 算法产生的私钥和公钥就是在这个基础上产生的。

2. 加密技术的相关概念

具有一定的含义，能够为人们所识别和理解的文件或数据被称之为明文。数据加密的基本过程就是对原来具有一定的含义，能够为人们所识别和理解的明文文件或数据，按某种算法进行处理，将其转换成为一段不可识别、不可理解或不可阅读的代码。这段不可识别、不可理解或不可阅读的代码，通常被称为“密文”。一旦只能在输入相应的密钥之后才能显示出本来内容，通过这样的途径就能达到保护数据不被人非法窃取、阅读的目的。将明文转换为密文的过程就是加密。将密文转换为明文的过程被称为解密。解密就是加密的逆过程，即将该编码信息转化为其原来数据的过程。在加密和解密过程中使用的密钥，就是加密或解密的算法规则，它是加密技术的核心所在。

数字签名是加密技术的又一种运用。它的作用就是用来确定用户所收到的文件是否是真实的。数字签名应用最多的还是电子邮件，如当用户收到一封电子邮件时，邮件上面标有发信人的姓名和信箱地址，很多人可能会简单地认为发信人就是信上说明的那个人，但实际上伪造这样一封电子邮件对于一个通常人来说是非常容易的事。在这种情况下，就要用到加密技术基础上的数字签名，用它来确认发信人身份的真实性。

身份认证技术是一种类似数字签名的加密技术。有些站点提供 FTP 和 WWW 服务，通常一般用户接触的这类服务是匿名服务，用户的权力要受到限制，但也有这类服务不是匿名的，而是署名认证的。如某公司为了信息交流提供给用户或合作伙伴非匿名的 FTP 服务，或开发小组把他们的 Web 网页上载到用户的 WWW 服务器上。需要解决的问题就是，用户如何确定正在访问服务器的人就是用户认为的那个人，身份认证技术就是一个好的解决方案。

文件加密实际上不只用于电子邮件或网络上的文件传输，也可用于静态文件保护，如 PIP 软件就可以对磁盘、硬盘中的文件或文件夹进行加密，以防他人窃取其中的信息。



3. 两种加密技术

加密技术是电子商务采取的主要安全措施之一，参与电子商务交易的双方可根据需要，在信息交换的阶段使用这一技术。目前，加密技术分为两类，即对称加密和非对称加密。

(1) 对称加密，又称常规密钥加密或专用密钥加密。在对称加密方法中，对信息的加密和解密都使用相同的密钥。也就是说，一把钥匙开一把锁。使用对称加密方法简化了加密的处理，每个贸易方都不必彼此研究和交换专用的加密算法，而是采用相同的加密算法并且只交换共享的专用密钥。这种加密技术目前被广泛采用，如美国政府所采用的 DES 加密标准就是一种典型的“对称式”加密法，它的 Session Key 长度为 56Bits。

(2) 非对称加密，又称公开密钥加密体系或私人密钥加密。非对称加密就是加密和解密所使用的不是同一个密钥，通常有两个密钥，它们两个必须配对使用，否则就不能打开加密文件。在非对称加密体系中，密钥被分解为一对，即一把为公开密钥或加密密钥，公钥；另一把为专用密钥或解密密钥，私钥。在这对密钥中，任何一把密钥都可作为公开密钥（加密密钥），通过非保密方式向他人公开，而另一把密钥则作为专用密钥（解密密钥），由密钥生成者加以保存。公开密钥用于对信息的加密，专用密钥则用于对加密信息的解密。这里的“公钥”是指可以对外公布的，“私钥”则不能，只能由持有人一个人知道。它的优越性就在这里。因为对称加密方法中，如果是在网络上传输加密文件，还需要把密钥告诉对方，不管用什么方法都有可能被别人窃听或截取到。而非对称加密方法有两个密钥，且其中的“公钥”是可以公开的，也就不怕别人知道，而收件人只有用自己的私钥才可以解密，这样就很好地避免了密钥的传输安全性问题。

4. 密钥的管理

密钥既然是加密技术的核心，就要求高度保密，这就涉及密钥的管理问题。密钥管理不好，同样可能被无意识地泄露出去，并不是有了密钥就可以高枕无忧了。任何保密技术也只能是相对的，是有时效的。要管理好密钥我们还要注意以下几个方面。

(1) 密钥的使用要注意时效和次数。如果用户可以一次又一次地使用同样的密钥与别人进行信息交换，那么密钥也同其他任何密码一样存在着一定的安全性。虽然说在公开密钥加密体系中，用户的私钥是不对外公开的，但是也很难保证私钥长期的保密性，很难保证长期以来不被泄露。如果某人偶然地知道了用户的密钥，那么用户曾经和另一个人交换的每一条消息都不再是保密的了。另外，使用一个特定密钥加密的信息越多，提供给窃听者的机会也就越多，从某种意义上讲也就越不安全了。

因此，一般强调仅将一个对话密钥用于一条信息中或一次对话中，或者建立一种按时更换密钥的机制以减小密钥暴露的可能性。

(2) 多密钥的管理。假设在某机构中有 100 个人，如果他们任意两人之间可以进行秘密对话，且任何两个人之间要不同的密钥，则总共需要 4 950 个密钥，每个人应记住 99 个密钥。如果机构的人数是 1 000、10 000 或更多，这种办法就显然过于愚蠢了，管理密钥将是一件重要的事情。Kerberos 提供了一种较好的解决方案，它是由 MIT 发明的，使密钥的管理和分发变得十分容易，这种方法本身还在不断完善。为能在互联网上提供一

个实用的解决方案，Kerberos 建立了一个安全的、可信任的密钥分发中心 KDC（Key Distribution Center），每个用户只要知道一个和 KDC 进行会话的密钥就可以了，而不需要知道成百上千个不同的密钥。

假设用户甲想要和用户乙进行秘密通信，则用户甲先和 KDC 通信，用只有用户甲和 KDC 知道的密钥进行加密，用户甲告诉 KDC 他想和用户乙进行通信，KDC 会为用户甲和用户乙之间的会话随机选择一个对话密钥，并生成一个标签，这个标签由 KDC 和用户乙之间的密钥进行加密，并在用户甲启动和用户乙对话时，用户甲会把这个标签交给用户乙。这个标签的作用是让用户甲确信和他交谈的是用户乙，而不是冒充者。因为这个标签是由只有用户乙和 KDC 知道的密钥进行加密的，所以即使冒充者得到用户甲发出的标签也不可能进行解密，只有用户乙收到后才能够进行解密，从而确定了与用户甲对话的人就是用户乙。

当 KDC 生成标签和随机会话密码，就会把它们用于只有用户甲和 KDC 知道的密钥进行加密，然后把标签和会话密钥传给用户甲，加密的结果可以确保只有用户甲能得到这个信息，只有用户甲能利用这个会话密钥和用户乙进行通话。同理，KDC 会把会话密码用于只有 KDC 和用户乙知道的密钥加密，并把会话密钥传给用户乙。用户甲会启动一个和用户乙的会话，并用得到的会话密钥加密自己和用户乙的会话，还要把 KDC 传给它的标签传给用户乙以确定用户乙的身份，然后用户甲和用户乙之间就可以用会话密钥进行安全的会话了，而且为了保证安全，这个会话密钥是一次性的，这样黑客就更难进行破解了。同时，由于密钥是一次性由系统自动产生的，于是用户不必记那么多密钥，方便了人们的通信。

5. 加密技术的应用

加密技术的应用是多方面的，但最为广泛的还是在电子商务和 VPN 上的应用。

（1）在电子商务方面的应用。电子商务要求顾客可以在网上进行各种商务活动，不必担心自己的信用卡会被人盗用。在过去，用户为了防止信用卡的号码被窃取，一般是通过电话订货，然后使用用户的信用卡进行付款。现在人们开始用 RSA（一种公开的密钥加密体系）加密技术，提高信用卡交易的安全性，从而使得电子商务更加实用成为可能。

人们知道 Netscape 公司是 Internet 商业中领先技术的提供者，该公司提供了一种基于 RSA 和保密密钥的应用于互联网的技术，称为安全插座层（Secure Sockets Layer, SSL）。也许很多人都知道 Socket，它是一个编程界面，并不提供任何安全措施；而 SSL 不但提供编程界面，而且向上提供一种安全的服务。SSL 3.0 现在已经应用到了服务器和浏览器上，SSL 2.0 则只能应用于服务器端。

SSL 3.0 用一种电子证书（Electric Certificate）来对身份进行验证后，双方就可以用保密密钥进行安全的会话了。它同时使用“对称”和“非对称”加密方法，在客户与电子商务的服务器进行沟通的过程中，客户会产生一个 Session Key，然后客户用服务器端的公钥将 Session Key 进行加密，再传给服务器端，在双方都知道 Session Key 后，传输的数据都是以 Session Key 进行加密与解密的，但服务器端发给用户的公钥必须先向有关发证机关申请，以得到公证。

基于 SSL 3.0 提供的安全保障，使用户可以自由订购商品并且给出信用卡号了，也可



以在网上和合作伙伴交流商业信息并且让供应商把订单和收货单从网上发过来,这样可以节省大量的纸张,为公司节省大量的电话、传真费用。在过去,电子数据交换(Electric Data Interchange, EDI)、信息交易(Information Transaction)和金融交易(Financial Transaction)都是在专用网络上完成的,使用专用网的费用大大高于互联网。正是这样巨大的诱惑,才使人们开始发展互联网上的电子商务,但不要忘记数据加密。

(2) 加密技术在 VPN 中的应用。随着我国改革开放程度的提高,现在越来越多的公司走向国际化。一个公司可能在多个国家都有办事机构或销售中心,每一个机构都有自己的局域网 LAN (Local Area Network)。公司一般租用专用线路来连接这些局域网,他们考虑的就是网络的安全问题。现在具有加密/解密功能的路由器已到处都是,人们通过互联网连接这些局域网已成为可能,这就是通常所说的虚拟专用网(Virtual Private Network, VPN)。当数据离开发送者所在的局域网时,该数据首先被用户端连接到互联网上的路由器进行硬件加密,数据在互联网上是以加密的形式传送的,当达到目的端局域网 LAN 的路由器时,该路由器就会对数据进行解密,这样目的端局域网 LAN 中的用户就可以看到真正的信息。

10.3.2 安全法律保障制度

1. 我国网络管理和信息安全立法现状

(1) 我国涉及计算机安全的法律法规。我国的计算机安全立法工作开始于 20 世纪 80 年代。1981 年,公安部开始成立计算机安全监察机构,并着手制定有关计算机安全方面的法律法规和规章制度。1986 年 4 月开始草拟《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》(征求意见稿)。1988 年 9 月 5 日,第七届全国人民代表大会常务委员会议第三次会议通过的《中华人民共和国保守国家秘密法》,在第三章第十七条中第一次提出:“采用电子信息等技术存取、处理、传递国家秘密的办法,由国家保密工作部门会同中央有关机关规定。”1989 年,我国首次在重庆西南铝厂发现计算机病毒后,立即引起有关部门的重视。公安部发布了《计算机病毒控制规定(草案)》,开始推行“计算机病毒研究和销售许可证”制度。

1991 年 5 月 24 日,国务院第八十三次常委会议通过了《计算机软件保护条例》,这一条例是为了保护计算机软件设计人的权益,调整计算机软件在开发、传播和使用中发生的利益关系,鼓励计算机软件的开发与流通,促进计算机应用事业的发展,依照《中华人民共和国著作权法》的规定而制定的。这是我国颁布的第一个有关计算机的法律。1992 年 4 月 6 日,机械电子工业部发布了《计算机软件著作权登记办法》,规定了计算机软件著作权管理的细则。1991 年 12 月 23 日,国防科学技术工业委员会发布了《军队通用计算机系统使用安全要求》,对计算机实体(场地、设备、人身、媒体)的安全、病毒的预防以及防止信息泄露提出了具体措施。1994 年 2 月 18 日,国务院第 147 号令发布了《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》,为保护计算机信息系统的安全,促进计算机的应用和发展,保障经济建设的顺利进行提供了法律保障。这一条例于 1988 年 4 月着手起草,1988 年 8 月完成了条例草案,经过近四年的试运行后方才出台。这个条例的最

大特点是既有安全管理，又有安全监察，以管理与监察相结合的办法保护计算机资产。针对国际互联网的迅速普及，为保障国际计算机信息交流的健康发展，1996年2月1日国务院第195号令发布了《中华人民共和国计算机信息网络国际互联网管理暂行规定》，提出了对国际互联网实行统筹规划、统一标准、分级管理、促进发展的基本原则。1997年5月20日，国务院对这一规定进行了修改，设立了国际互联网的主管部门，增加了经营许可证制度，并重新发布。1997年6月3日，国务院信息化工作领导小组在北京主持召开了“中国互联网络信息中心成立暨《中国互联网络域名注册暂行管理办法》发布大会”，宣布中国互联网络信息中心（CNNIC）成立，并发布了《中国互联网络域名注册暂行管理办法》和《中国互联网络域名注册实施细则》。中国互联网络信息中心将负责我国境内的互联网络域名注册、IP地址分配、自治系统号分配、反向域名登记等注册服务，协助国务院信息化工作领导小组制定我国互联网络的发展、方针、政策，实施对中国互联网络的管理。1997年12月8日，国务院信息化工作领导小组根据《中华人民共和国计算机信息网络国际互联网管理暂行规定》，制定了《中华人民共和国计算机信息网络国际互联网管理暂行规定实施办法》，详细规定国际互联网管理的具体办法。与此同时，公安部颁布了《计算机信息网络国际互联网安全保护管理办法》，原邮电部也出台了《国际互联网出入信道管理办法》，旨在通过明确安全责任，严把信息出入口，设立监测点等方式，加强对国际互联网络使用的监督和管理。

1996年3月14日，国家新闻出版署发布了《电子出版物暂行规定》，加强了包括软磁盘（FD）、只读光盘（CD-ROM）、交互式光盘（CD-I）、图文光盘（CD-G）、照片光盘（Photo-CD）、集成电路卡（IC-Card）和其他媒体形态的电子出版物的保护。

1997年10月1日起我国实行的新刑法，第一次增加了计算机犯罪的罪名，包括非法侵入计算机系统罪，破坏计算机系统功能罪，破坏计算机系统数据程序罪，制作、传播计算机破坏程序罪等。这表明我国计算机法制管理正在步入一个新阶段，并开始和世界接轨，计算机立法的时代已经到来。

（2）我国涉及计算机安全的立法层次。

① 全国人民代表大会常务委员会的决定，如《关于维护互联网安全的决定》（2000年12月28日），《中华人民共和国电子签名法》（中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议于2004年8月28日通过，2005年4月1日起施行）。

② 《刑法》相关规定，如第二百八十五条“非法侵入计算机信息系统罪”、第二百八十六条“破坏计算机信息系统罪”。

③ 国务院行政法规，如《中华人民共和国信息系统安全保护条例》（1994年2月18日），《中华人民共和国电信条例》（2000年9月25日发布），《互联网信息服务管理办法》（2000年9月25日发布施行），《中华人民共和国计算机信息网络国际互联网管理暂行规定》（1996年2月1日发布，1997年5月20日修正），《商用密码管理条例》（国务院1999年10月7日发布）。

④ 最高人民法院司法解释，如《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2000年11月22日通过，12月21日施行；2003年12月23日修改，2004年1月7日施行），《关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2001年6月26日发布）。



⑤ 国务院信息办于1998年3月6日发布了《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定实施办法》。

⑥ 各部委制定的规章,涉及信息网络安全各个方面。如《国际通信设施建设管理规定》(信息产业部2002年6月23日),《计算机信息系统安全专用产品检测和销售许可证管理办法》(公安部1997年12月12日),《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》(公安部1997年12月30日),《计算机病毒防治管理办法》(公安部2000年4月26日),《互联网站从事登载新闻业务管理暂行规定》(国务院新闻办公室、信息产业部2000年11月6日),《铁路计算机信息系统安全保护办法》(铁道部2003年7月15日),《计算机信息网络国际联网保密管理规定》(国家保密局发布,自2000年1月1日起施行),《电子认证服务管理办法》(2005年1月28日中华人民共和国信息产业部第十二次部务会议审议通过,自2005年4月1日起施行)。

(3) 我国计算机安全立法的数量和涉及的方面。根据有关部门统计,与信息网络安全有关的网络安全的立法已经接近百件,涉及面广泛。仅从以上列举的部分立法就可以看出,不同部门、不同行业所关心的信息网络安全重点是不同的。在安全内容上,涉及设施安全、专用产品安全、国际联网安全、病毒防治安全、信息内容安全、行业安全等;在法律效力等级上,有法律、行政法规、行政规章,规章占主导地位;在法律措施上,主要采用对破坏信息安全的责任人追究刑事、行政、民事责任的方式,对潜在的破坏者起到威慑作用。

2. 信息安全法律的作用

(1) 威慑作用。法律的威慑作用,可以制约人们的行为。法律以国家的强制力,规定人们可以做什么,不可以做什么,并以整套的国家机器(军队、警察、法庭、监狱)来保证法律的实施。因此,采取立法措施可以收到预防犯罪的功效。当前,网络安全问题日益突出,计算机犯罪日趋增多。究其原因,除管理制度不严,防护技术落后,人们的道德观念薄弱外,更主要的是缺乏可以制约人们网络行为的法律规范。因而,违法犯罪分子既受不到法律的教育,又得不到法律惩处,更使一些冒险者,贪图利益者,其中包括知法者钻了这个空子。因此,加速网络安全立法,是解决这一问题的关键。建立一个完善的网络安全法律体系不仅可以规范人们的行为,而且在一定程度上迫使一些图谋实施不法行为的人,由于顾忌法律后果而有所收敛,或者不得不放弃不法行为。尽管法律并非万能,一些谋求政治、经济利益之徒可能置之不顾,但毕竟对多数人来说,其威慑作用是不可低估的。

(2) 强制作用。法律还具有强制作用,强迫人们一律遵循法律。以国家权力为后盾的法律,具有强迫人们遵守的性质。违法者必将受到国家法律的制裁。网络安全法律同样具有这样的作用。凡违反网络安全法律规定的,不论行为人是故意,还是无知,都要依法受到相应的制裁。迄今为止,国内外危害网络安全的事件日益增多,而且手段日渐“高超”,同时在这些案件的处理方面,由于没有完善的网络安全法律,对破坏网络安全者,只能在现行法律的规定范围内予以惩处。有相当一部分行为,因无相应法律规定,只能不了了之,或久拖不决,这在一定程度上助长了不法分子的犯罪行为。制定网络安全法律,不仅为制裁违法的破坏分子提供依据,同时也能强制各级国家机关等信息网络管理人员以及用户履行应尽的保护网络安全的义务,加强责任心,否则也将受到应有的处罚。

(3) 权威性。法律具有权威性，具有最终裁决效力。由于计算机信息网络是现代化科技产物，并以极快的速度不断更新，许多概念、行为是现行法律所不能涵盖的。这就出现了一个问题：人们的行为准则以及违法犯罪的标准或界线是什么？众所周知，法律的权威表现为法的无可争辩性，而无可争辩性来源于它的规范性及其体现的国家意志，代表的是国家利益和人民的利益，是高于一切的。普通法不能解决的争议，需要由专门法来规定。因此，制定完备的网络安全法律，将一定时期网络安全领域内的社会关系用法律的形式固定下来，并由国家司法机关、行政机关施行，一旦事实确认，终审裁决，任何人不得有异议。

(4) 公正性。法律具有公正性，可以平衡各种关系。对行为人而言，法律的基本内容和核心问题就是规定权利和义务。法律条文明确规定了当事人的权利和义务，因此权利和义务之争的最高裁定依据只能是法律。法律具有公正性，还可以平衡各种冲突、矛盾和关系，使人们信服并自觉遵守。信息网络安全法律在网络安全领域内部门之间、上下级机构之间、个人与信息之间等各种社会关系上，将人们在该领域内所享有的权利和应当履行的义务以法律形式固定下来，受到国家的保障和全社会的监督。这样就可以协调各类机关、团体和人员在该领域内的权利义务关系。不履行义务，将受到法律的约束甚至制裁，应有的权利受到损害或威胁时，也将受到法律的保护。在科学技术突飞猛进的今天，高科技领域的违法犯罪常常表现出隐蔽、贪婪和智能化，罪与非罪问题较之其他领域更加复杂。法律条款应具有适当的灵活性，以便执法人员掌握法律的精神实质，有一定的自由裁量权，同时重视行为人诉讼权利的保护，以便正确、及时、合法地调整网络安全领域内产生的各种社会关系。

总之，我国关于计算机网络安全制度的法律体系已经开始建立，但是还很不完善，我们期待着更加完善的法律体系建立起来，以保证我国计算机网络的安全运行，保障电子商务活动的顺利发展。

本章小结

本章重点介绍电子商务安全概述，电子商务安全概念和特征，电子商务的安全隐患，电子商务的安全要素，电子商务采用的主要安全技术及其标准规范，计算机信息系统安全等级制度，有害数据防治制度，互联网管理制度，计算机犯罪的定义及法律特征，我国刑法对计算机犯罪规定。

电子商务安全从整体上可分为两大部分：计算机网络安全和商务交易安全。两者相辅相成，缺一不可。电子商务安全具有系统性、确定性、有条件性和动态性四个特征。在当前，电子商务系统中网络和交易各方面都面临着安全的威胁。网络安全威胁有：计算机病毒；操作系统中存在的安全隐患问题；网络黑客的侵入。电子商务交易普遍存在的安全隐患有：信息的截获和窃取；信息的篡改和恶意破坏；信息的假冒；交易的反悔和单方面抵赖等。

电子商务安全法律制度是调整电子商务安全的法律规范，是以国家规定的标准为主要依据，以国家标准的形式建立起来的行政法规。在《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》制定之后，国家又专门制定了《计算机病毒防治管理办法》。这是加强对计算



机病毒的预防和治理,保护计算机的应用与发展的规定。规定了任何单位和个人不得制作、传播计算机病毒;不得故意输入计算机病毒,危害计算机信息系统安全;不得向他人提供含有计算机病毒的文件、软件、媒体;不得销售、出租、附赠含有计算机病毒的媒体;不得有其他传播计算机病毒的行为。还明确了计算机信息系统的使用单位在计算机病毒防治工作中应当履行的职责。

互联网管理制度应当包括两个方面的内容:一是国家从法律上对互联网管理的规定《关于维护互联网安全的决定》;二是互联网使用单位的安全责任和管理制度。

危害电子商务计算机信息系统安全的犯罪包括非法侵入计算机信息系统罪、破坏计算机信息系统罪及利用计算机实施有关犯罪,我国刑法对计算机犯罪有明确规定。

电子商务安全的技术保障包括加密技术、密钥管理技术、数字签名和安全技术及标准规范。电子商务安全交易的法律保障有《中华人民共和国电子签名法》、《电子认证服务管理办法》、《中华人民共和国信息系统安全保护条例》、《中华人民共和国电信条例》、《商用密码管理条例》和国务院办公厅发布的《关于加快电子商务发展的若干意见》,成为促进电子商务行业发展的法律、法规和指导性意见。

案例分析

计算机病毒“僵尸网络”制造者唐山落网

从 2004 年 10 月份开始,原本并不火爆的北京境内的某音乐网站,却突然“热闹”起来,在某些时段,要想登录这家网站非常困难,后经该网站技术人员确认造成这一问题的原因在于有人恶意实施攻击。为了摆脱困境,网站的经营者曾专门请来北京地区的计算机专家前来“会诊”,试图“死里逃生”,但事与愿违,面对这种攻击手法专家们无计可施,期间专家在试图抵御攻击时,结果是你一动,攻击者下手更狠。无奈,为了躲避攻占,网站经营者将网站服务器转移到了我国台湾境内,但攻击者仍然一路穷追猛打,网站依然频频告急,网站经营者又生一计,越跑越远,干脆将服务器转移到美国境内,结果再次失败,攻击者如影相随,跑到哪儿打到哪儿,大有置其于死地而后快之势。疲于“奔命”的网站经营者无奈之下最后向信息产业部上报了这一情况,接着信息产业部向公安部紧急报案。

侦查结果显示,在我国互联网上有超过 6 万台的主机受到一种名为 IPXStkV 的后门程序的控制,从而使大量受害主机形成了庞大的“僵尸网络”,也就是说 6 万台主机如果在同一时间全部登录一家网站的话,就好比将本来畅通的大道全部堵死,谁也登录不成,北京那家音乐网站受到的就是这种攻击。公安部专家经过进一步侦查,确认这起案件的始作俑者就来自河北唐山。

案情如此重大,2005 年 1 月 10 日,公安部专家来到唐山,直接督导侦破工作,最终获悉了唐山“黑客”的主机位置,同时确定了主机所有人为唐山某企业职工许某,进而通过高科技手段分析数据,确认许某就是涉案犯罪嫌疑人。1 月 10 日 13 时许,唐山警方决定收网,许某在其家中被擒获。

(资料来源:摘自新华网河北频道 2005 年 3 月 18 日有删改。)



案例讨论题：

1. 这是一起什么性质的案件？
2. 犯罪所侵害的客体是什么？
3. 在技术防范和管理制度上应当如何加强？

思 考 题

1. 电子商务交易普遍存在的安全隐患有哪些？
2. 黑客攻击的主要方式是什么？
3. 病毒发作有哪几个阶段？
4. 简要列出危害互联网的运行安全构成犯罪的行为。
5. 简要列出危害国家和社会稳定构成犯罪的行为。
6. 简要列出危害社会主义市场经济秩序和社会管理秩序构成犯罪的行为。
7. 简要列出危害个人、法人和其他组织的人身、财产等合法权利构成犯罪的行为。
8. 计算机单机犯罪与网络犯罪有哪些区别？
9. 简要说明利用计算机犯罪与计算机犯罪的区别。

第 11 章 电子商务法律救济

【学习目标】

- 理解、掌握我国电子商务司法管辖的法律规定、电子商务纠纷的法律适用规则、电子证据的可采纳性和证明力；
- 理解电子商务对司法管辖权的冲击、在线争议解决方式的优点和主要模式；
- 了解国外电子商务司法管辖权的立法与实践、电子证据的保全。

11.1 电子商务纠纷的司法管辖

随着电子商务在我国的发展，电子商务引起的纠纷也日渐增多。交易各方若欲将纠纷诉诸司法途径解决，首先要解决的就是管辖权问题，即应当向哪个法院提起诉讼的问题；同时是否有权对案件进行审理也是受诉法院需要解决的问题。当具有涉外因素的电子商务纠纷发生时，管辖权问题涉及的不仅仅是一国之内法院受理案件的权限划分，更是不同国家之间法院是否有权审理案件的权限划分，涉及国际管辖权问题。

由于电子商务突破了传统的地理界限，全球任何地方均可通过互联网与企业发生直接的远距离贸易联系，使电子商务企业可能面临来自全球各地的诉讼，因此，管辖权问题在电子商务纠纷中具有非常重要的意义。

11.1.1 司法管辖权概述

1. 国内管辖权

我国民事诉讼中的管辖，是指各级法院之间和同级法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。我国的人民法院有四级（分别是基层、中级、高级、最高法院），在确定管辖权时需要进行两次分配：第一次分配发生在不同级别的法院之间，通过分配明确四级人民法院各自受理第一审民事案件的分工和权限；第二次分配是在第一次分配的基础上进行的，也是在同级人民法院之间进行的，任务是将通过第一次分配划归到本级人民法院受理的第一审民事案件进一步分配到同一级中的不同区域的各个具体人民法院。

第一次分配就是级别管辖，我国《民事诉讼法》根据案件的性质、繁简程度以及影响范围来确定案件的级别管辖，主要是以争议标的的金额作为划分级别管辖的标准。目前第一审民事案件一般由基层人民法院管辖；中级人民法院管辖包括重大的涉外案件，在本辖区有重大影响的案件，最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件，如海事、海商案件、专利纠纷案件，重大的涉港、澳、台民事案件，诉讼标的金额大或者诉讼单位属省、自治区、直辖市以上的经济纠纷案件；高级人民法院管辖在本辖区有重大影响的第一审民事案

件；最高人民法院管辖的第一审民事案件包括在全国有重大影响的案件以及认为应当由本院审理的案件。

完成了第一次分配仍不能确定某一案件具体由哪个法院受理，因为除了最高人民法院外，在同一级中仍然有许多个法院，所以还要进行二次分配，这就是地域管辖。确定地域管辖的标准主要有两个：一是诉讼当事人的所在地（尤其是被告的住所地）与法院辖区之间的联系；二是诉讼标的、诉讼标的物或法律事实与法院辖区之间的联系。

地域管辖分为一般地域管辖、特殊地域管辖、专属管辖和协议管辖。一般地域管辖是指以当事人的所在地与法院的隶属关系来确定诉讼管辖。根据我国《民事诉讼法》第二十二条和第二十三条的规定，以被告住所地管辖为原则、以原告住所地管辖为例外来确定一般地域管辖。特殊地域管辖不是以当事人的所在地，而是以引起诉讼的法律事实的所在地、诉讼标的所在地为标准确定诉讼的管辖法院。例如，因合同纠纷提起的诉讼，由合同履行地或者被告住所地法院管辖；因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地法院管辖，侵权行为地包括侵权行为实施地和侵权结果发生地，等等。专属管辖是指法律规定某些特殊类型的案件专门由特定的法院管辖，如因不动产纠纷提起的诉讼，专属不动产所在地法院管辖等。协议管辖是指双方当事人就民事纠纷发生之前或之后，以书面方式约定管辖法院。根据我国《民事诉讼法》第二十五条规定：“合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”协议管辖在我国仅适用于合同纠纷中的第一审案件。

2. 国际管辖权

国际民事管辖权是一国法院根据本国缔结的或参加的国际条约和国内法对特定的涉外民事案件行使审判权的资格，解决的是某一特定国际民商事案件由哪一个国家的法院行使管辖权的问题，涉及一国主权问题。目前，世界各国关于国际民事管辖权的规定不尽一致。综观各国立法和司法实践，行使管辖权的根据一般有以下原则：

（1）属地管辖原则：即以地域为根据，主张以案件的事实和当事人双方与有关国家的地域联系作为确定法院国际管辖权的标准；强调一国法院基于其国家领土主权原则，对其所属国领域内的一切人和物以及法律事件和行为具有管辖权限。英、美、法系和大陆法系国家在此原则下具体的做法又有较大不同。英、美、法系国家一般区分为对人诉讼和对物诉讼，并根据“有效控制”原则各自分别确定内国法院对此两类诉讼的管辖权。在对人诉讼中，只要有关案件的被告于诉讼开始时在内国境内且能有效地将传票传送给该被告，内国法院就有权对该案件行使管辖权；对物诉讼中，只要有关财产位于内国境内或有关被告的住所是在内国境内的，内国法院就对该有关争议有管辖权。大陆法系国家一般以当事人的住所、诉讼原因发生地、诉讼标的所在地或被告可供扣押的财产所在地作为管辖权根据。

（2）属人管辖原则：即以当事人国籍为根据，主张以双方当事人与有关国家的法律联系作为确定国际管辖权的决定性标准，不论民商事案件的当事人居住何处，是原告还是被告，当事人的国籍国法院对案件都享有管辖权，强调一国法院对其本国国民具有管辖权限。

（3）专属管辖原则：主张以国际民事案件与有关国家的联系程度作为确定法院国际



管辖权的标准,从维护本国公共秩序、保护本国当事人利益出发,强调一国法院对与其本国国家及其国民的根本利益具有密切联系的国际民事案件具有专属管辖权限,排除他国法院的管辖权。

(4) 协议管辖原则:即以当事人意志为根据,强调对于那些与有关国家及其国民的根本利益影响不大的国际民事案件,可以基于有关诉讼当事人双方的合意选择来确定管辖法院,是意思自治原则在国际民事案件管辖权问题上的具体体现。

11.1.2 电子商务对司法管辖权的冲击

电子商务环境下,借助可将全球计算机连接在一起的互联网,企业可在全球范围内开展商务活动,通过互联网在线签订合同、在线支付甚至在线履行,实现数据、信息的共享与交换。互联网在产生之初,就被设计成非中心化、自我维系的一系列计算机以及计算机网络之间的大量的链接,能够在没有人类干预或控制的情况下迅速通信。在这个打破地理空间界限、无国界、无主权的“虚拟世界”中,每台计算机都是平等的,没有中心,没有集权,没有一个国家能彻底地控制和有效地管理 Internet。正是由于网络空间的这种全球性、管理的非中心化等特点,给传统的司法管辖权理论带来了极大的冲击,尤其是对以地域作为确定管辖权根据的属地管辖原则。

1. 司法管辖的模糊性或不确定性

在传统的地理空间环境下,就某一特定的法院而言,它的管辖区域是确定的,有着明确的地理边界。但网络空间不同,互联网和传输信息的机器的物理位置之间没有重要的联系,无法将它像物理空间那样进行分割,没有必要将互联网的地址和一个特定的法域联系在一起。而且,互联网的超链接技术允许不同网址不论位置而相互链接,使得网络用户每次网上活动访问的网址和路径都可能是一次环球旅行,这种随机性和全球性使几乎任何一次网上活动都可能是跨国的,从而导致各国司法管辖权的冲突。

2. 司法管辖的偶然性或非关联性

在传统的地域管辖制度中,当事人的住所、财产、行为等因素之所以能成为管辖的根据,是因为它们和某管辖地域存在着物理空间上的关联。而在网络空间中,用户的资料往往是不可靠的,再加上可以通过技术手段隐藏用户真实的身份和 IP 地址,确定网络用户的住所或一次远程登录发生的确切地点往往很难,而且有时用户的登录地也具有很大的偶然性。如某人偶尔途经某国时通过 E-mail 作出接受一项要约的承诺,而作为登录地的某国却与交易当事人及交易本身没有其他任何联系;而按照传统的管辖权制度,该国作为合同的缔结地对因合同发生的纠纷具有管辖权。

3. 司法管辖的难以预测性

互联网使用的“包交换技术”通信协议,允许单独的信息被分成更小的信息包,按不同路径分别到达目的地,再由接受的计算机自动组合在一起。因此,信息在互联网上发送、接收、传递等一系列过程中,可能经过许多国家的管辖区域,这就可能造成全球各个国家



对于网络活动主张管辖权。从目前电子商务管辖的实践来看，各国也有扩大自己管辖权的趋势，这就愈发使得电子商务交易的各方对交易纠纷一旦发生，会由哪个国家的法院进行管辖难以作出预测。

11.1.3 国外电子商务司法管辖权立法与实践

1. 美国司法管辖权立法与实践

美国在电子商务方面积累了较为丰富的案例，美国法院在电子商务管辖权问题上，正逐步建立起较为成熟的规则。

（1）协议管辖原则的确立。根据美国 1999 年 7 月通过的《统一计算机信息交易法》第一百一十条的规定，“双方可以协议选择一个排他性的管辖法院，除非此种选择不合理且不公平”，体现了意思自治原则在电子商务管辖中的应用，当事人可通过协商的方式避免纠纷发生后管辖权的不确定性。

（2）长臂管辖权理论的运用。目前，美国法院一般多是根据长臂管辖权理论对网络案件行使管辖权，美国各州对外州电子商务的管辖是以本州的长臂法律为基础的。“长臂”是形象的比喻，可以想象一个州伸出长臂捉住外籍电子商家，并把他带到本州，使他因违法行为而向原告承担责任。各州法院在行使长臂管辖权时，不仅要满足法院地州的长臂法规，而且要满足联邦宪法第十四修正案的“正当程序”（Due Process）条款，方能对外州的被告拥有管辖权。“正当程序”条款提出两个要求：一是外籍电子商家被告与审理案件的管辖州有最低限度联系；二是该法院的管辖不违反传统的公正对待和实质正义的观念。外籍被告只要故意利用一个州的市场获得利益，就会与之建立最低限度联系。那么，在电子商务环境下，在某州可以被访问的网站是否即存在与某州最低限度联系，从而构成该州行使管辖权的基础呢？

在著名的 *Zippo Manufacturing Company v. Zippo Dot Com, Inc.* 案中，该案法官对网站与行使管辖权之间的关系作出了精辟的论述，提出了一个重要的“滑动标尺”标准。此案自 1997 年作出后，已在超过 200 个案件中被引用，成为涉及电子商务管辖权问题的重要判例。该案中，一家名叫 Zippo 的打火机制造商起诉一家名叫 Zippo 的互联网服务商：原告是一家主营业地位于宾夕法尼亚州的公司，它在该州提起商标权侵权诉讼；被告是一家主营业地位于加利福尼亚州的公司，它认为宾州法院对其不具有属人管辖权。法官首先将网站根据互动程度划分为以下三类。

① 被动网站：单纯非互动性的网站，只提供资讯，不具备与用户互动的功能。

② 主动网站：明显地在网络上从事交易的网站，允许使用者在该网站上订契约、传档案或下订单。

③ 互动网站：“中间地带的网站”，让使用者得以与该网站的主计算机交换资料。

然后，在一个滑动的标尺上考虑管辖权问题时，标尺的一端是被动网站，不足以成为行使管辖权的依据；另一端是主动网站，行使属人管辖权没有异议；中间地带存在的是互动性网站，用户可以和主机交换信息，但是否存在管辖权要通过对于在网络中发生的信息互动的程度和商业特征来判断（参阅表 11.1）。



对于互动性网站，美国第八巡回法院确立了五项标准来判断法院是否有权行使管辖权：

- ① 被告在管辖地域和原告通过互联网所进行活动的性质；
- ② 双方所接触的数量；
- ③ 原、被告之间的接触与诉因之间的关系；
- ④ 原告管辖地对其本地居民提供管辖对管辖地有何利益；
- ⑤ 双方在受理法院进行诉讼的方便程度。

表 11.1 网站与管辖权的确定

被动网站	互动网站	主动网站
仅提供信息 没有招揽生意 不能与用户互动	提供信息 与用户互动交换信息	提供使用户作出购物决定的信息 积极招揽生意 与用户互动达成交易
非属人管辖	管辖取决于互动的程度	属人管辖

2. 欧盟司法管辖权立法与实践

在普通的民商事案件管辖权上，欧洲国家通常将案件区分为合同和侵权案件，分别采取特征履行地管辖和损害行为发生地管辖的模式。在电子商务的管辖权方面，欧洲目前还没有制定相应的成文法，但值得注意的是，欧洲大陆关于涉外民商事案件的管辖权一般都适用 1968 年在布鲁塞尔签订的《关于民商事案件管辖权及判决执行的公约》。

为了适应电子商务的迅速发展给司法管辖所带来的挑战，欧盟理事会于 2000 年 12 月通过了《关于在民商事案件管辖权及判决的承认与执行条例》。该条例第十七条规定：“如当事人的一方或数方在一个缔约国有住所，以书面协议或有书面证明的口头协议，约定某一缔约国的某一法院或某些法院有管辖权以解决因某种特定法律关系而产生的或可能产生的争端，则只有该指定的法院或各法院有管辖权。”确立了协议管辖的排他性效力。

此外，该条例在第四章规定了有关消费者合同纠纷管辖的特别规则：在有消费者参与订立的合同出现纠纷时，消费者可选择在自己住所地成员国法院或对方住所地成员国法院对合同另一当事方提起诉讼；反之，当消费者作为被告方时，诉讼只能由消费者住所地成员国法院管辖。同时对消费者这一选择权进行了限制，只有当企业所从事的商业活动直接指向消费者所居住的成员国时，消费者才有权选择管辖法院。但将这一规定应用到电子商务企业与消费者发生的合同纠纷时，会出现电子商务企业在各成员国均可能被提起诉讼的局面。为解决这一问题，欧盟委员会在《关于布鲁塞尔条例的提议》中对该章的解释中进一步将网站区分为“交互型网站”和“被动型网站”，如果企业经营的是被动型网站，消费者不能选择管辖法院。

11.1.4 我国电子商务司法管辖权的立法与实践

1. 电子合同纠纷的管辖权

(1) 协议管辖。我国《民事诉讼法》第二十五条规定：“合同的双方当事人可以在书

面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地法院管辖，但不得违反级别管辖和专属管辖的规定。”双方当事人可以在民事纠纷发生之前或之后，以书面方式约定管辖法院。电子合同作为合同的一种形式，当然适用这一规定。在电子商务环境下，当事人完全可以在电子合同中约定诸如此类的条款：因本合同纠纷提起的诉讼，由某法院管辖。

（2）法定管辖。依照法律直接规定的管辖为法定管辖。《民事诉讼法》第二十四条规定：“因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。”

在电子商务环境下，电子交易各方主体的身份往往难以确定，确定被告住所地就更加困难。有人提出可根据企业网站服务器所在地认定其住所地，如果在 A 市注册的公司，而其网站的服务器位于 B 市，则 B 市亦可认定为该公司的住所地。显然，这会使住所地的概念具有偶然性，也会产生法律规避的问题。因此，仍应按传统的规则确定被告的住所地，自然人的住所地根据户籍所在地或经常居住地确定，法人或其他组织的住所地以其注册地或主要办事机构所在地为准。

电子合同的履行分为在线履行和离线履行。离线履行与一般合同中的履行没有差异，根据《合同法》第六十二条规定，当事人就合同履行地点有约定的，依约定；无约定或约定不明确的，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。而信息产品买卖合同、在线服务等可以在线履行的合同，履行就是电子形式的标的物从约定的或者履行方使用的信息系统向接受方所指定的或者使用的信息系统全部发出的过程，很难确定合同的履行地。参照《合同法》第三十四条关于电子合同成立地点的规定，可按下述原则确定在线履行合同的合同履行地：如果合同对此有明确约定则依约定；无约定时合同履行方的主营业地应为合同履行地；如果没有主营业地的，则经常居住地为合同履行地。

2. 侵权纠纷的管辖权

根据我国《民事诉讼法》第二十九条的规定，因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条对网络环境下侵权纠纷的管辖作了进一步的规定：“网络著作权侵权纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。对难以确定侵权行为地和被告住所地的，原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。”

（1）中国首例网上纠纷管辖权案。

原告瑞得（集团）公司住所地在北京市海淀区，被告宜宾市翠屏区东方信息服务有限公司住所地在四川省宜宾市。原告所设立的“瑞得在线”是经国家信息产业部批准的专门从事计算机信息网络国际联网业务的互联网站，1998 年 12 月，原告发现被告的主页在整体版式、色彩、图案、栏目设置、栏目标题、文案、下拉菜单的运用等方面都几乎是照搬原告的主页，于是向北京市海淀区人民法院提起了著作权和商业信誉侵权之诉。被告在提交答辩期间内对管辖权提出异议，认为被告住所地及原告诉请的侵权行为地，均不在北京市海淀区，海淀区人民法院对本案没有管辖权，此案应由被告住所地法院四川省宜宾市中



级法院审理。

北京市海淀区人民法院认为,北京市海淀区既是侵权行为实施地,也是侵权结果发生地,驳回了原告的管辖权异议。具体理由如下:第一,瑞得(集团)公司的主页在制作完成后,是储存在其特定的硬盘上并通过自有的WWW服务器向外界发布的,瑞得(集团)公司以主页著作权侵权为由提起诉讼,是基于其主页被复制侵权这一理由,因此本区应视为侵权行为实施地。第二,瑞得(集团)公司不但诉称东方公司复制其主页这一特定的行为,而且还诉称该行为的直接后果是东方公司的主页为访问者所接触。鉴于我国目前的联网主机和用户集中分布于本区等一些特定的地区,因此,本区亦应视为侵权结果发生地。第三,东方公司在提出管辖异议的同时,并未举证证明瑞得(集团)公司的主页内容是瞬间存在的或处于不稳定状态。

东方公司又向北京市第一中级人民法院提起上诉,北京一中院维持了原裁定,认为互联网上的网页及其他信息是能够被复制的,而在互联网上进行访问或复制必须同时具备两个条件:使用终端计算机;通过互联网进入存有相关内容的服务器。因此,互联网上的复制既涉及被访问者的服务器,又涉及访问者的终端计算机,服务器所在地及终端计算机所在地均可视为复制行为的行为地。瑞得公司服务器所在地即北京市海淀区为侵权行为地之一,因此北京市海淀区人民法院行使管辖权并无不当。

(2) 侵权行为地。侵权行为地包括侵权行为实施地和侵权结果发生地。侵权行为实施地即侵权人实施侵权行为的地点;侵权结果发生地通常为受害人受侵权行为影响而遭受损失的地点。一般的侵权案件,侵权行为实施地和侵权结果发生地通常容易判断,而在电子商务环境下,准确地判断侵权行为实施地和侵权结果发生地却很难。如在前述的瑞得公司诉东方公司案中,瑞得公司网站信息储存在位于北京市海淀区的服务器上,东方公司使用本地的计算机终端设备通过互联网访问瑞得公司的网站,并将该网站下载、复制在自己的计算机终端,再加上数字信息在互联网上的传输,侵权行为的整个过程途经许多地方,应该如何判断该案的侵权行为地呢?侵权结果发生地则更为复杂,东方公司抄袭的网页,可以通过互联网在全球范围内被访问到,是否世界各国都可以看作是侵权结果发生地呢?

最高人民法院的司法解释将包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地确认为网络环境下的侵权行为地。实际上,网络侵权与普通的侵权仅是侵权方式的不同,正如甲通过打手机向他人散布诽谤乙的言论,我们不会认为手机发射塔所在地包括中间转接信号的发射塔所在地可以作为侵权行为地一样,将实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地确认为侵权行为地将导致原告选择管辖法院范围的扩大。同样,若将被侵权者所在地视为侵权结果发生地,也会导致扩大原告住所地的管辖范围。当然,互联网的特殊性也是不应漠视的,因此,应将限定条件“难以确定侵权行为地和被告住所地的”加在此处。也就是,在确定电子商务侵权行为的管辖法院时,首先按照传统侵权行为地和被告住所地的识别方法,确定管辖法院;当无法确定时,可按实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地确定管辖;仍无法确定时,最后按原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地作为侵权行为地实施管辖。

(3) 被告住所地。根据我国《民法通则》及相关司法解释,公民以他的户籍所在地的居住地为住所,经常居住地与住所不一致的,经常居住地视为住所;公民离开住所地以

后连续居住一年以上的地方，为经常居住地，但住医院治病的除外；公民由其户籍所在地迁出后至迁入另一地之前，无经常居住地的，仍以其原户籍所在地为住所。法人以它的主要办事机构所在地为住所。

需要注意的是，网站服务器所在地不应视为被告住所地。网站是自然人或法人在互联网上设立的、借以实现商务活动或其他功能的工具，本身不具有民事主体资格；网站存储的地址即网络服务器所在地，可能与自然人或法人的住所一致，也可能没有任何关系，如将其托管到异地或者在境外时。因此，被告住所地的概念不应在网络环境下轻易扩大。

3. 域名纠纷的管辖

域名纠纷是指涉及计算机网络域名注册、使用等行为的民事纠纷案件。近年来，我国出现了一些域名纠纷案件，积累了一定的实践经验。2001年7月14日起施行的《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二条规定：“涉及域名的侵权纠纷案件，由侵权行为地或者被告住所地的中级人民法院管辖。对难以确定侵权行为地和被告住所地的，原告发现该域名的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。”在域名纠纷的级别管辖上，由于域名纠纷案件审理难度较大，往往涉及驰名商标的司法认定问题，而案件数量并不太多，因此，规定由中级人民法院为一审法院；在地域管辖上，考虑到域名案件涉及计算机信息技术的特殊性，在明确由被告住所地或侵权行为地管辖原则的基础上，规定在难以确定被告住所地和侵权行为地的情况下，原告发现该域名的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。

在域名纠纷中，不应以域名注册地作为侵权行为地来确定管辖法院。一方面，域名纠纷案件的诉因可能是被告的注册行为，也可能是使用等其他行为，域名注册地作为侵权行为地不能涵盖域名纠纷案件的全部情况。另一方面，CNNIC自2002年底全面变革其域名管理模式，向单纯的域名注册管理机构转变，将域名注册的具体事务授权CNNIC认证的域名注册服务机构办理，而CNNIC选择其域名注册服务机构主要基于技术上的原因，并无司法管辖区域方面的考虑。因此，将域名注册地视为侵权行为地确定管辖是不合适的，也没有法律依据。

4. 涉外电子商务纠纷的管辖

电子商务纠纷案件中，具有涉外因素的可能性较大。涉外电子商务纠纷指的是电子商务纠纷中所涉及的法律关系主体、客体和权利、义务据以发生的法律事实中至少有一个因素与外国有联系或含有跨国性，此处的外国包括“含有其他法域”的意思，如美国的各州均有独立的法律制度，每一个州即是一个法域。同样，当电子商务纠纷案件的主体、客体和权利、义务据以发生的法律事实中至少有一个因素与我国的台湾、香港或澳门特别行政区有联系时，即属于涉外电子商务纠纷。

我国《民事诉讼法》第四编第二十五章对涉外案件的管辖作出了专门规定，涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖，选择中华人民共和国人民法院管辖的，不得违反《民事诉讼法》关于级别管辖和专属管辖的规定。这些规定也适用于涉外电子商务纠纷的管辖。因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国



国领域内签订或者履行,或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内,或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产,或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构,可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。

另外,《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二条对涉外域名纠纷案件的管辖作出了同样的规定:“涉外域名纠纷案件包括当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织、国际组织,或者域名注册地在外国的域名纠纷案件。在中华人民共和国领域内发生的涉外域名纠纷案件,依照民事诉讼法第四编的规定确定管辖。”

需要注意的是,上述规定是涉外电子商务纠纷在我国法院管辖的情形,在外国如何确定法院的管辖应依据外国法律、共同加入的国际公约或条约以及与我签署的双边协定等来判断。

11.2 电子商务纠纷的法律适用

在涉外民商事案件中,管辖权解决了哪一国法院有权对案件进行审理的问题,但并不是取得管辖权的法院就当然适用本国的法律来审理案件。涉外案件所涉及国家的法律出现竞相要求适用于该涉外民商事关系的情景,而各国法律对其规定又不尽相同,从而发生适用上的法律冲突或抵触现象,此时需要有一个法律适用的过程来解决应当适用哪一国法律来作为判定当事人之间实体权利义务的根据。

解决法律冲突有两种方法。一种是直接调整的方法,指通过双边或多边国际条约的方式,制定统一的实体法,用以直接支配涉外民事关系当事人权利义务关系,从而避免或消除法律冲突和法律选择。另一种是间接调整的方法,即通过冲突规范的指引找到调整某涉外民事关系当事人权利义务所适用的国家的法律,不直接规定当事人的权利义务关系。在具体涉外案件中如涉及适用国际公约,即应直接适用该公约;否则,受理法院需通过间接调整的方法找到所适用的法律。这个过程较为复杂,大致如下:首先,法院需对案件进行识别,也就是依据一定的法律观点或法律概念,对案件事实构成性质作出定性或分类,判断是什么性质的法律问题;其次,适用法院地法的冲突规范找到准据法,冲突规范是指定应适用哪一国法律的规范,被指定用来判定当事人之间具体权利义务关系的法律称为准据法;最后,适用准据法对案件进行裁判,如准据法为外国法时,适用前还需要对外国法的内容进行查明。比如,中国某公司与德国某公司因合同履行发生纠纷,假设中国某法院有管辖权且已受理该案,中国法院首先将其识别为合同纠纷,适用中国《民法通则》第一百四十五条的规定:“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。”此条规定即是一个冲突规范,假设双方没有协议选择争议所适用的法律,则适用与合同有最密切联系的国家的法律,如中国法院认定德国法律是与本案有最密切联系的国家的法律,经过查明德国法律的相关内容即确定准据法后,适用德国法律对案件进行裁判。

由于互联网的全球性,电子商务纠纷很容易具有涉外因素,使法律适用问题更加突出。2000年4月,在法国的国际反种族主义协会和法国犹太学生联合会共同向法国法院起诉

美国雅虎公司。原告认为被告的网站 www.yahoo.com 拍卖纳粹物品，而该网站在法国可以自由地登录，违反了法国不允许展示或出售纳粹物品的有关规定。而被告提出美国法律并无类似的禁止规定。法国法院最后适用了本国法律，要求雅虎公司必须在三个月内采取措施，阻止法国用户进入该网站，并请求美国法院对该项裁决予以承认和执行。该案所涉及的情况具有普遍性，各国的电子商务企业都可能会面临同样的情形，因此，法国法院适用法国法判决此案后，有人评论：“从现在开始，任何人如果想在互联网上提供内容的话，就必须保证它合乎全球至少 180 个国家的法律。”

11.2.1 电子商务对传统法律适用规则的挑战

1. 连结点难以确定

连结点是冲突规范中法律关系或法律问题指定应适用何地法律所依据的一种场所化或可场所化的事实因素。如冲突规范“当事人的行为能力依其本国法”，本国即国籍即为连结点。国际私法经过几百年的发展，形成了一些比较固定的连结点，这些连结点可以分为三类：

（1）属人连结点，强调国家与当事人之间的法律关系，如国籍、住所；

（2）属地连结点，大多与一定的空间位置有关，如合同履行地、合同缔结地、侵权行为地、物之所在地、婚姻缔结地等；

（3）主观性连结点，如当事人的意思自治、最密切联系地等。

在电子商务活动中，由于交易的各个环节是在网络虚拟空间完成的，与地理空间没有对应关系，很难从地域的角度对这些过程和环节予以确定或场所化，确定属地连结点时遇到很大困难。比如无形产品的交易，可以在互联网上履行交付，合同履行地就很难确定；再如，互联网中有一些自发的拍卖场所，独立于任何国家和地区之外，只虚拟地存在于互联网中，依传统的冲突规范，拍卖应适用拍卖地法，而这种情况下拍卖地根本无法确定。对于属人连结点也一样，网络的虚拟性，使交易双方的身份具有很强的隐蔽性，当事人的国籍、住所的确定也很困难。在当事人位于不同国家的无形产品交易中，合同谈判地、合同缔结地、合同履行地等均在网上，没有明确的标志表明哪个国家与交易有着更密切的联系。可见，电子商务中连结点的确定受到了新的挑战。

2. 准据法落空

电子商务是 20 世纪 80 年代后期才发展起来的，除了少数一些国家如美国、澳大利亚等电子商务发达国家通过了有关立法，而且这些立法也仅就电子贸易中的一些最基本的问题作出了规定，而大多数国家对电子商务的国内立法仍是空白。我国目前也仅有一部专门的电子商务立法《电子签名法》，其余相关法律问题还有待进一步通过立法予以明确。为避免不成熟的立法阻碍电子商务的发展，许多国家并不急于制定相关法规。在这种情况下，当某一涉外电子商务纠纷，即使通过适用冲突规范确定了应适用哪一国法律作为准据法，很可能发现该国法律对此没有任何规定，出现准据法落空的情形。



11.2.2 电子商务纠纷的法律适用

1. 电子商务合同纠纷的法律适用

当代国际私法中,确定合同纠纷中法律适用即合同准据法的最普遍方法是适用合同自体法。合同自体法一般是指当事人明示选择的法律,在当事人没有明示选择且不能推断当事人的意图时,合同受与其有最密切、最真实联系的法律支配,即以意思自治原则为主,以最密切联系原则为辅。我国《合同法》第一百二十六条也规定以合同自体法作为解决合同纠纷的准据法:“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。”

但是在电子商务中尤其是无形产品交易中,很难确定哪个国家是与合同有最密切联系的国家,根据合同自体法来解决电子商务合同纠纷中的法律适用存在一定困难。美国《统一计算机信息交易法》(The Uniform Computer Information Transactions Act, UCITA)第一百零九条对电子商务环境下法律适用的规定,值得各国立法借鉴。

(1) 在通常情况下,允许当事人约定可适用的法律,承认当事人自由选择合同准据法的约定的效力。但确立了一项例外原则,在涉及消费者合同中,若当事人约定的准据法违反保护消费者的强行规定时,该约定无效。

(2) 如果当事人没有在合同中确定法律选择条款,则:

- ① 对于访问合同或以电子方式交付的合同,应适用缔约时许可方所在法域的法律;
- ② 要求以有形介质交付复制的消费者合同,应适用向消费者交付该复制的地方或本应向消费者交付该复制的地方的法律;
- ③ 在其他任何情况下,合同应适用与该交易有最密切联系的法域的法律。

(3) 当所涉及的问题在美国以外的法域时,该法域的法律只有向没有位于该法域的一方当事人也提供了与 UCITA 类似的保护和权利时,才应予以适用。否则,美国国内与交易有最密切联系的法域的法律,就应当适用于该交易中。

2. 电子商务侵权纠纷的法律适用

目前各国立法在侵权纠纷的法律适用上,一般采用侵权行为地法、法院地法或重叠适用侵权行为地法和法院地法。如我国《民法通则》对有关涉外侵权行为的法律适用规定为:“侵权行为的损害赔偿,适用侵权行为地法。当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的,也可以适用当事人本国法律或者住所地法律。中华人民共和国法律不认为在中华人民共和国领域外发生的行为是侵权行为的,不作为侵权行为处理。”

侵权行为适用侵权行为地法或法院地法,在当代受到了抨击。首先,在现代科学技术和交通及通信条件下,侵权行为地具有很大的偶然性,用偶然性的连结点所指引的准据法去判定行为人的责任,对个案缺乏针对性;其次,侵权行为地不易确定,如果侵权行为发生在公海或公空,无侵权行为地法可以适用;最后,把刑法的不具有域外效力类推及于侵权法这个民事法律也缺乏说服力。因此,侵权行为自体法应运而生,即侵权行为应适用与侵权案件有最密切联系的法律,同时,当事人意思自治原则也开始被引入侵权行为法律适

用中。对比电子商务给侵权行为法律适用所带来的挑战，不难发现，与合同自体法的产生背景基本一致，因此，电子商务侵权纠纷的法律适用应当适用侵权行为自体法，加之网络空间的全球性为当事人意思自治原则开辟了更为广阔的适用空间。也就是说，电子商务侵权行为适用当事人明示选择的法律，在当事人没有明示选择且不能推断当事人的意图时，受与侵权行为有最密切、最真实联系的法律支配。

11.2.3 电子商务涉及的实体法

由于通过间接调整方法即冲突规范指引准据法解决电子商务法律冲突，出现了许多新的问题，学者们建议应加快制定统一实体法来解决国际间的电子商务纠纷，2005年11月23日联合国大会通过的《国际合同使用电子通信公约》代表些这一发展方向。但是，考虑到目前许多国家电子商务立法还是空白，大量相关法律问题尚待进一步研究，加之统一实体法的制定涉及国家间的利益平衡和价值取向，大量制定电子商务方面的统一实体法短期内是不可能的。现有的调整国际商务的统一实体法也可以应用在电子商务环境下，对网上交易的产品和服务有较大影响的实体法主要在知识产权法、合同法等方面。

1. 知识产权法

适用于保护网络空间知识产权的公约主要有《与贸易有关的知识产权协议》、《保护工业产权巴黎公约》、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》、《保护表演者、录音制品制作者和广播组织罗马公约》、《集成电路知识产权条约》、《世界知识产权组织版权公约》、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》等，目前我国是前三个公约的成员国。

《与贸易有关的知识产权协议》即 TRIPs 协议第十条，明确将计算机程序与数据的汇编作为知识产权保护的客体；《世界知识产权组织版权公约》即 WCT 第八条规定，文学和艺术作品的作者享有排他性权利，可以授权把他们的作品通过有线或无线的方式公布于众；被其他公约保护的知识产权在网络空间也同样受保护。尽管法院通常并不直接适用公约审理案件，但各成员国有义务保证其国内法与公约规定相一致。

2. 合同法

国际贸易中最重要的国际公约是《联合国国际货物销售合同公约》，该公约于1980年3月在维也纳外交会议上获得通过，并于1988年1月1日起对包括我国在内的11个成员国生效。截至2010年1月底，批准加入该公约的国家和地区有73个，世界上大部分大的贸易国都加入了该公约。公约确立了一套关于国际货物销售合同的订立、买方和卖方的义务、违反合同的补救办法以及合同其他方面的法律规则。公约适用于营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同，当这些国家是公约缔约国或者如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律时，《联合国国际货物销售合同公约》将自动适用，另外，允许当事人排除适用或对公约作出修改。公约是针对有形货物的国际销售合同作出的规定，对于电子商务中的有形货物贸易依然可以适用。

考虑到虽然《联合国国际货物销售合同公约》在一般的情况下也适合于电子订约所达成的合同，但由于电子订约与传统的订约方式在手段上存在巨大差异，《联合国国际货物



销售合同公约》的许多规则在适用于电子订约时尚存在很多不足,联合国国际贸易法委员会决议拟订一项关于电子订约的新国际文书,自 2001 年起由国际贸易法委员会电子商务工作组开始起草和审议《国际合同使用电子通信公约》,并于 2005 年 11 月 23 日由联合国大会通过。公约共 4 章 25 条,内容涉及电子通信的法律承认、形式要求、发出和收到电子通信的时间和地点、要约邀请、自动电文系统在合同订立中的使用、合同条款的备查、电子通信中的错误等方面。尽管该公约无意为电子订约问题制定统一的实体法规则,但鉴于严格区分电子商务中的技术问题和实体法问题并非总是可行或可取,在需要实体法规则确保电子通信有效性的场合下,公约载有一些实体法规则。《国际合同使用电子通信公约》不同与联合国国际贸易法委员会之前通过的示范法,而是具有法律效力的国际法律文件,也是联合国框架内所制定的第一个电子商务领域的全球性国际公约。目前已经有包括我国在内的 18 个国家和地区签署了该公约。

11.2.4 电子商务纠纷法律适用的发展趋势

1. 电子商务实体法的趋同化和统一化趋势更加明显

电子商务实体法的趋同化,主要是指各个不同国家或地区,在进行电子商务实体法立法时,相互吸收,相互渗透,从而趋于接近甚至一致的现象。目前美国、加拿大、新加坡、澳大利亚等许多国家和地区的电子商务立法,由于受 1996 年联合国国际贸易法委员会《电子商务示范法》的影响,已呈现高度的一致性。

统一化是目前商事领域国际造法活动的重要发展趋势之一,必将影响电子商务领域。而且在电子商务环境下,网络技术规范本身具有高度的统一性,商事活动具有相似性和反复性,网络的全球性也要求立法模式所依据的价值准则应寻求整个国际社会利益与不同国家利益及个人利益之间的平衡,因此更适宜统一实体法的产生与发展。

2. 电子商务的自治规则将在规范电子商务活动方面发挥重要作用

网络作为相对独立于国家、政府管理的虚拟空间,随着网络使用者将现实世界中所接受的法律观念与制度有意无意地移植到网络空间中,逐渐形成被多数网络使用者认同的网络习惯法与网络礼仪。就像商人习惯法的产生和适用一样,这些网络习惯法,由于是网络空间活动主体自发形成的一些规则,将在规范电子商务活动方面起到重要的作用。

3. 在准据法的选择中,公法适用的可能性增加

在传统的国际私法中,尽管适用外国公法性质的法律不乏其例,但在互联网中,公法适用的机会将大大增加。由于各国历史背景和文化传统的不同,各国公法规定差异很大,而互联网的全球性使公法的冲突日益突出,如前述的美国雅虎公司在网站设立纳粹物品拍卖在法国被诉一案。另外,电子商务在财政税收、反垄断法的效力、电子商务认证等方面,都涉及各国公法的规定,可能引发公法适用的冲突,使得在电子商务准据法选择中,公法适用的可能性增加。

11.3 电子商务争议解决替代方式：在线争议解决机制

网络空间具有全球性、虚拟性、管理的非中心化和高度的自治性等特点，电子商务争议的解决也具有不同于离线争议的特殊要求，效率、成本和便利性成为电子商务争议解决方式的重要价值因素。在线争议解决方式基本符合这些要求，成为目前各国积极鼓励采用的电子商务争议解决替代方式。

11.3.1 在线争议解决方式的产生

所谓在线争议解决机制（Online Alternative Dispute Resolution, ODR），是指运用计算机和网络技术，以替代性争议解决方式（Alternative Dispute Resolution, ADR）的形式来解决争议。ODR 实质上是 ADR 在互联网中的演变形式。

替代性争议解决方式，又称选择性争议解决方式，是指除诉讼方式以外的其他各种解决争议方法或技术的总称，主要包括传统的仲裁、法院附属仲裁、建议性仲裁、调解仲裁、调解、微型审判、简易陪审审判、中立专家认定事实等。ADR 最早在美国引起关注，而后在欧洲、日本、韩国、澳大利亚等国广为盛行。与诉讼程序相比，ADR 具有以下显著的优点：

- （1）程序简便、迅速，成本低；
- （2）方式灵活多样，当事人可根据争议的性质选择适宜的形式；
- （3）有利于保护当事人的隐私及商业信息；
- （4）在专家中立者的帮助下，当事人更容易获得双赢的解决办法。

因此，ADR 作为替代诉讼解决国际民商事争议的方法，已成为现代法律发展中的一大趋势。

电子商务纠纷通过诉讼途径解决时，不仅遇到前述的管辖权和法律适用方面的挑战，而且还面临昂贵的诉讼成本问题。由于电子商务纠纷的当事人很可能相隔万里，如果在一方当事人所在地提起诉讼，对其他当事人而言诉讼成本将十分惊人。即使上述问题得以解决，仍存在判决承认与执行的问题。假设某电子合同纠纷中，当事人甲和乙分别位于 A 国和 B 国，案件在 A 国法院受理，判决由 B 国的乙赔偿甲的损失，但是乙只有在 B 国有可执行的财产，此时只有 A 国法院作出的判决在 B 国得到承认并予以执行，甲才能真正得到法律上的救济，获得赔偿。然而，根据国际民事诉讼理论，原判决法院具有合格的管辖权以及适用适当的准据法是承认与执行外国法院判决的前提，电子商务造成管辖权和法律适用上的复杂性使外国法院很容易对内国法院的判决拒绝承认与执行。而一旦电子商务纠纷无法及时得到解决，将导致消费者对电子商务的可靠性产生怀疑，影响消费者参与电子商务的积极性和信心，影响电子商务的发展前景。因此，各国都在积极寻求更为有效的争议解决方法。ADR 因其灵活性、便利性等以及在解决电子商务争议中具有的独特优势，使之迅速与互联网相结合，成为新型的争议解决方式，即 ODR。



11.3.2 在线争议解决方式的优势

与传统的替代性争议解决方式 ADR 相比, ODR 同时融合了网络带来的各种便利, 具有以下优势。

(1) 便利性。ODR 不受时间限制, 全天 24 小时均可进行; 争议各方足不出户, 即可通过互联网进入 ODR 程序; ODR 不仅允许争议各方同时进入虚拟的房间进行实时的磋商、谈判, 也提供通过电子邮件等进行非实时的通信, 方便不同时区的当事人。

(2) 经济性。通过面对面的 ADR 解决电子商务争议时, 争议解决成本并不会因标的额的差异而成比例发生变化, 一些固定的费用如当事人本人、律师和证人的各种差旅费用、食宿费用、会议费用等, 很可能超过争议数额本身。而 ODR 在节省了上述费用的同时, 也大大节约了当事人花费在争议解决上的时间成本和人力成本。

(3) 高效性。传统的纠纷处理方式通常需要数月的时间, 而 ODR 以快速解决纠纷为目标, 在依靠计算机程序自动处理争议的 ODR 中数小时即可解决争议, 需在线仲裁员或调解员介入的 ODR 通常数日即可解决争议。

(4) 灵活性。目前互联网上已经提供了数以千计的 ODR 网站, 针对不同的商业模式, ODR 提供者设计出了相应的纠纷解决机制, 当事人可以选择适合的 ODR 来解决纠纷。ODR 的提供者同时设计了 ODR 规则和章程, 用户可根据需要从中选择适用, 并可自主决定进入或退出该 ODR 程序。

(5) 公平性。ODR 网站提供 ODR 适用的程序、关键的文件、所需要的展示品、用以证明的证据、调解前的备忘录、调解协议等相关信息, 增加了 ODR 向各方当事人的透明度。而且, 面对全球范围的当事人, ODR 在解决争议时也从技术上减少了受当事人的身份、经济状况、社会背景等因素影响的可能, 为各方当事人提供了更为公平、平等的争议解决环境。

(6) 弱对抗性。传统的 ADR 解决争议时, 当事人一般需亲自到场, 双方由于利益上针锋相对, 容易产生冲突, 影响双方长期建立起来的合作关系。相比之下, ODR 避免了当事人的直接会面, 使当事人之间的敌对情绪、对抗性大大减弱, 不仅有助于争议的友好解决, 也有利于当事人继续保持合作关系。

11.3.3 在线争议解决方式的主要模式

1. 自助式 ODR 模式 (Automated ODR Venues)

自助式 ODR 模式在解决争议时不需要仲裁员或调解员的参与, 通过计算机程序自动处理争议。其处理的纠纷相对较简单, 一般只涉及当事人对价款的争议, 在程序进行中, 双方的报价和请求对另一方都是不公开的, 所以, 该模式也称为不公开报价处理模式 (Blind Bid Process)。

在线清算 (Online Settlement) 即属于自助式 ODR 模式, 如最早提供在线清算服务的公司 Cybersettle 等。以中国在线争议中心 (ChinaODR) 的在线和解规则为例, ChinaODR

提供全自动的运作程序：争议经双方当事人确认选择 ChinaODR 和解方式解决争议后，双方当事人登录和解室参与和解，申请人提出第一次要价，被申请人第一次出价，当申请人的要价高于或等于被申请人的出价，且高出部分小于或等于出价的 20% 时，则依据要价和出价的平均价解决争议；否则双方作出第二次要价和出价，直到争议解决为止。如果在 15 日内双方未能成功解决争议，则在线和解程序终止，系统则提醒双方可以选择重新进行在线和解或者通过 ChinaODR 在线仲裁或在线调解或其他方式解决。双方的要价和出价都是完全保密的，以便纠纷解决不成进入其他救济程序时，不会暴露自己报价的底限。

2. 交互式 ODR 模式（Interactive ODR Venues）

交互式 ODR 模式由现实的仲裁员或调解员主导争议的解决，通过运用现代的网络技术，营造一个虚拟的调解或仲裁场所。常用的交流手段有电子邮件、聊天室、网络会议、视频会议等。该模式通常具有案件管理程序，可以让当事人很方便地进行提交争议、追踪案件进展、与调解员或仲裁员及其他当事人进行交流等活动。

交互式 ODR 模式是 ODR 的主要模式，在线仲裁（Online Arbitration）、在线消费者投诉处理（Online Resolution of Consumer Complaints）、在线调解（Online Mediation）等在线争议解决方式都属交互式 ODR 模式。在线仲裁以在线方式由仲裁员作出具有约束力的裁决；在线消费者投诉处理是消费者以在线方式提交投诉，ODR 提供者通过和解、调解直至仲裁来解决消费者与商家的争议；在线调解使用经过加密的电子邮件，或经过加密的聊天室，通过使用密码，调解员可以和一方当事人单独在一间房间里谈话，而另一方当事人在另一间房间等候，实现双方当事人和调解员在线进行互动式交流，促成双方达成调解协议。

11.3.4 在线争议解决方式的发展

ODR 凭借其高效、便利、公平等优势为电子商务争议提供了有效的替代性解决方式，成为目前很多国家和国际组织积极推行的电子商务争议解决方式。美国是 ODR 发展最快的国家，互联网上绝大部分 ODR 网站设在美国，美国政府积极参与推动 ODR 的发展。2000 年 6 月，美国联邦贸易委员会和美国商业部联合举办关于电子商务中的替代性争议解决方案的专题研讨会，会议就 ODR 的全球方案、采用新技术、保证它的公平与效率以及对消费者和企业的 ODR 教育等方面，提出了大量的方案和建议。欧盟也是 ODR 的积极倡导者和推动者，欧盟正致力于开发欧盟域外司法网络（EEJ-net），这个网络将把现存的 ADR 系统连接起来，并着重把 ADR 系统当成建立电子商务中的消费者信心的重要工具。2000 年 12 月 18 日，欧盟和美国共同发表了“美国、欧盟关于建立电子商务环境下消费者的信心和 ADR 地位的声明”的文件，充分肯定了促进和发展在线 ADR 即 ODR 的重要性，并主张企业、政府、消费者组织以及学术机构应共同合作推动 ODR 的发展。亚太经合组织（APEC）电子商务指导小组也于 2000 年 7 月 20 日在曼谷召开了一个消费者保护的论坛会议，其中一个重要议题就是通过有效的消费者保护立法和建立自律规范，提供处理消费者争议的救济手段包括在线 ADR 手段，以建立电子商务环境下消费者的信心。2000 年 12 月经济合作与发展组织（OECD）和海牙国际私法会议联合组织了题为“建立



在线环境中的信任：BtoC 争议解决方式”的大会，努力寻求有效的替代性争议解决方式。

不可否认，ODR 在法律适用、仲裁裁决的承认和执行、安全性和保密性等方面仍存在很多问题。尽管如此，在兴起的不到十年里，ODR 在解决由于计算机和网络技术的采用造成的争议，如网络服务提供商的责任问题、网络知识产权争议、电子合同纠纷等方面显示了蓬勃的生命力。以国际域名管理机构 ICANN 为例，提供的在线争议解决机制一年解决 7 000 多个域名争议。随着 ODR 研究的不断深入，ODR 机制的不断发展完善，ODR 必将成为电子商务争议解决的重要方式。

11.4 电子商务诉讼中的证据制度

证据是能够证明案件真实情况的各种事实，是法院认定有争议的案件事实的根据，对案件的裁决起着重要的作用。在电子商务争议中，能够证明案件真实情况的各种事实，不再以书证、物证等传统的形式存在，而是以电子邮件、电子合同等电子的形式广泛存在和应用，给传统的证据制度带来了一系列新的问题。

11.4.1 电子证据的概念和特点

电子证据可以从广义和狭义两个角度来界定。从广义上来讲，电子证据是指一切用以证明案件事实的电子化信息资料和数据，包括狭义的电子证据以及传统的电报、传真资料、录音、录像等。而狭义的电子证据仅指以数字形式存在于计算机系统内的能够证明案件事实的信息资料和数据，如电子邮件、电子合同、电子聊天记录等。由于广义的电子证据中如录音、录像等已被应用于诉讼实践中，并建立起各自相应的证据规则，真正给传统证据制度带来挑战的是狭义的电子证据，因此本书基于狭义的概念对电子证据作出进一步探讨。

电子证据作为技术与法律相结合的产物，是现代科学技术在诉讼证据领域的体现。与传统证据相比，电子证据具有以下一些特点。

(1) 无形性。尽管我们看到的电子证据，可以通过计算机转换成包括声音、图像等在内的各种表现形式，但实际上它们在计算机中都是以二进制编码表示，通过将二进制编码转换为一系列的电脉冲存储于计算机系统内的不同介质上。电子证据的产生、存储、传递都是以数字化的编码来进行，与它的外在表现形式迥然不同。与传统的“看得见、摸得着”的书证、物证等相比，电子证据具有无形性。

(2) 复合性。存储在计算机内的各种信息可以通过计算机屏幕显示出来，也可以通过打印机打印到传统的纸张上，还可以和其他外部设备连接转换成各种格式输出。电子证据的表现形式多种多样。尤其是多媒体技术的应用更是使电子证据表现为文本、图形、图像、动画、音频、视频等各种形式，几乎涵盖各种传统证据的表现形式。

(3) 易破坏性。从技术角度上看，不同于磁带、录像带等以连续记录方式存储的证据类型，电子证据是以非连续性的数字方式记录保存的，可以不留痕迹地对其进行删除、篡改、截断，难以查明电子证据的真实内容。再加上一些客观因素如计算机故障、通信网络故障等硬件技术水平的限制，都可能使电子证据失去本来面目。

11.4.2 电子证据的可采纳性

电子证据的可采纳性是指电子证据是否可以作为证据并被采纳。可采纳性是任何证据资料取得证据资格而被法院使用的前提。世界各国关于证据可采纳性的立法规则相差较大，大致可以分为三类。

（1）对证据的可采纳性一般不严格限制，原则上任何有关证据均可以采纳，但对于具体每一证据的价值和可信度，法官享有较大的自由裁量权。

（2）在证据法或诉讼法中明确列举哪些种类或形式可能作为证据被法院接受。

（3）依传闻规则与最佳证据规则判决证据的可采性。

前两类大致可纳入大陆法系的范畴，第三种是英、美、法系国家的证据规则。但无论是大陆法系国家的证据法，还是英、美、法系国家的最佳证据规则，都要求提交证据原件以防止进行复制时可能出现的差错。而电子证据最原始的形式是储存在磁性介质中的电子数据，通过显示器屏幕显示或文件输出得到的只能是原件的副本；而且，复制是记录电子证据必需且自动完成的操作，比如在通过电子邮件发送一份电子要约时，发件人首先要在计算机上生成该文件，文件在生成的过程中在缓冲存储器和本地硬盘或其他存储设备间不断进行着转存、复制，很难说哪一个电子文件是最初的原件，至少无法找到传统意义上的原件。

针对电子证据出现的可采纳性难题，联合国国际贸易法委员会早在1985年的《计算机记录的法律价值》中就建议各国政府应重新审查涉及使用计算机记录作为诉讼证据的法律规则，消除对其使用所造成的不必要障碍，确保这些规则符合技术的发展，并为法律提供适当的办法来评价这些记录中的资料的可靠性。1996年的《电子商务示范法》中对数据电文适用上的法律要求作出了指导性的规定，第五条原则上肯定了数据电文作为证据的效力，“不得仅仅以某项信息采用数据电文形式为理由而否定其法律效力、有效性或可执行性”。第九条一款则兼顾大陆法系和英美法系的证据规则，对电子证据的可采纳性作出了明确的规定：“在任何法律诉讼中，证据规则的适用在任何方面均不得以下述任何理由否定一项数据电文作为证据的可接受性：a. 仅仅以它是一项数据电文为由；b. 如果它是举证人按合理预期所能得到的最佳证据，以它并不是原样为由。”

对于原件问题，《电子商务示范法》第八条作出了如下规定：

（1）如法律要求信息须以其原始形式展现或留存，倘若情况如下，则一项数据电文即满足了该项要求：a. 有办法可靠地保证自信息首次以其最终形式生成，作为一项数据电文或充当其他用途之时起，该信息保持了完整性；b. 如要求信息展现，可将该信息展示给观看信息的人。

（2）无论本条（1）所述要求是否采取一项义务形式，也无论法律是不是仅仅规定了不以原始形式展现或留存信息的后果，该款均将适用。

（3）为本条（1）b项的目的：a. 评定完整性的标准应当是，除加上背书及在通常传递、存储和显示中所发生的任何变动之外，有关信息是否保持完整，未经改变；b. 应根据生成信息的目的并参照所有相关情况来评定所要求的可靠性标准。

联合国《电子商务示范法》关于电子证据的立法原则被包括美国在内的大多数国家采



纳。我国 2005 年 4 月 1 日起实施的《电子签名法》也作出了类似的规定,其中第七条明确了电子证据在我国的可采纳性:“数据电文不得仅因为其是以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的而被拒绝作为证据使用。”第五条从内容的完整性和可展现性对电子证据的原件作了规定:“符合下列条件的数据电文,视为满足法律、法规规定的原件形式要求:(一)能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用;(二)能够可靠地保证自最终形成时起,内容保持完整、未被更改。但是,在数据电文上增加背书以及数据交换、储存和显示过程中发生的形式变化不影响数据电文的完整性。”

11.4.3 电子证据的证明力

所谓电子证据的证明力是指电子证据对案件事实证明作用的有无及程度大小。电子证据的可采纳性解决了电子证据作为证据的资格,电子证据能否证明案情或在多大程度上证明案情,则取决于电子证据的证明力。证据的证明力取决于证据与案件事实的客观内在联系及其联系的紧密程度,我国《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》对于不同类型证据对同一事实的证明力作了以下规定:国家机关、社会团体依职权制作的公文书证的证明力一般大于其他书证;物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证,其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言;原始证据的证明力一般大于传来证据;直接证据的证明力一般大于间接证据;证人提供的对与其有亲属或者其他密切关系的当事人有利的证言,其证明力一般小于其他证人证言。但是,目前尚无立法明确将电子证据归于上述何种证据类型,电子证据不能简单地归类于直接证据或者间接证据,需要针对具体案件审查电子证据的证明力。

由于电子证据从产生、存储、传递到收集、保全,都有赖于计算机技术等高科技手段,技术对电子证据的影响也体现在对电子证据的证明力上。联合国《电子商务示范法》第九条二款规定:“对于以数据电文为形式的信息,应给予应有的证据力。在评估一项数据电文的证据时,应考虑到生成、储存或传递该数据电文的办法的可靠性,保护信息完整性的办法的可靠性,用以鉴别发件人的办法,以及任何其他相关因素。”从这个规定可以看出,电子证据证明力的大小除了取决于电子证据与案件的联系,还需从技术的角度保证电子证据的真实性和完整性。根据电子证据是否具有安全措施,可将电子证据划分为采用安全措施的电子证据和普通的电子证据,其证明力也有所不同。采用安全措施的电子证据,能够确保数据的完整性、机密性,能够识别使用者的身份,具有不可抵赖性;而普通的电子证据是指没有采取任何加密或其他安全措施的数据。显然,采用安全措施的电子证据其证明力大于普通的电子证据。

我国《电子签名法》第八条也从技术的角度规定了影响电子证据证明力的因素:“审查数据电文作为证据的真实性,应当考虑以下因素:(一)生成、存储或者传递数据电文方法的可靠性;(二)保持内容完整性方法的可靠性;(三)用以鉴别发件人方法的可靠性;(四)其他相关因素。”而且,《电子签名法》进一步对发件人的确定作出了规定:“数据电文有下列情形之一的,视为发件人发送:(一)经发件人授权发送的;(二)发件人的信息系统自动发送的;(三)收件人按照发件人认可的方法对数据电文进行验证后结果相符的。当事人对前款规定的事项另有约定的,从其约定。”

11.4.4 电子证据的保全

1. 电子证据的保全

电子证据的保全，是指法院在起诉前或在对电子证据进行调查前，依据申请人、当事人的请求，或依职权对可能灭失或今后难以取得的电子证据，予以调查收集和固定保存的行为。电子证据由于容易遭到破坏，证据保全对其具有重要的意义。

法院采取证据保全措施，需要根据不同证据的特点，采用不同的方法。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十四条第一款规定：“人民法院进行证据保全，可以根据具体情况，采取查封、扣押、拍照、录音、录像、复制、鉴定、勘验、制作笔录等方法。”实践中，通常对于书证，采用复印的方法；对于物证，可根据具体情况，采用制作勘验笔录的方法、提取保存的方法，也可采用拍照、摄像、绘图的方法；对证人证言，可采用制作证言笔录或者录音、录像的方法；对视听资料，可采取复制的方法。电子证据尽管外在表现形式各种各样，但储存方式是单一的，都是以数字化形式二进制编码的方式储存在各种介质上，适宜通过复制的方式进行证据保全。经保全获得的电子证据，各方当事人均可加以利用，被保全的证据证明了待证事实的，可免除有关当事人的举证义务；被保全的证据经过法院审查核实，可以作为定案的根据。

2. 电子证据的来源

对于电子证据的保全，无论是当事人提出申请请求法院调查收集，抑或是法院依职权主动调查收集，都必须清楚到何处收集与诉讼有关的电子证据。

以下列举了电子证据的一些存放地：

- ① 可移动的用于个人计算机的存储介质，例如软盘、Zip 盘和超级软件；
- ② 可移动的用于个人计算机的光纤存储介质，例如 CD-R9（可记录的）和 CD-RW（可重复写入的）光盘；
- ③ 单独的 PC 机硬盘驱动器（包括台式计算机、笔记本计算机）和网络服务器；
- ④ PC 机和网络服务器的内部随机存储器（RAM）；
- ⑤ RAM 或外部设备如打印机内的存储介质；
- ⑥ 记录处理或传送过程中形成的临时文件；
- ⑦ 为保存 RAM 而存储于硬盘驱动器上“虚拟存储器”内的数据的交换文件；
- ⑧ 自动保存存储于另一硬盘驱动器上的信息复制件的镜像或影射磁盘，例如网络的主硬盘；
- ⑨ 应用程序运行时存储文件临时拷贝所形成的程序文件；
- ⑩ 可在有特定 PCMCIA 卡槽的计算机上安装或卸载的 PCMCIA 存储卡；
- ⑪ 文件显示或打印时，通常不可见的隐藏信息，例如文件的编辑历史记录；
- ⑫ 显示何时、何人、何地、何地对系统进行访问的计算机登录和检查记录；
- ⑬ 显示有权访问不同网络资源人员的访问控制表；
- ⑭ 电子数据交换记录；



- ⑮ 移动计算设备, 例如蜂窝式电话、数字相机、呼机和个人数字计算机;
- ⑯ 移动计算设备的存储设备, 例如压缩闪存卡;
- ⑰ 存储于语音邮件或交互式语音反应系统的语音文件;
- ⑱ 在线或离线备份介质内存储的档案数据;
- ⑲ 能从任何形式的存储介质中加以恢复的已删除数据;
- ⑳ 监控雇员使用计算机的软件形成的记录;
- ㉑ 发送至第三方维持的互联网站的信息;
- ㉒ 由第三方维持的互联网服务器或电子邮件系统的登录文件中所含信息和由第三方放置于硬盘驱动器上的信息管理文件;
- ㉓ 源代码或其他数字内容的第三方托管协议文件。

11.4.5 电子商务法律救济实践指南

电子商务企业可以采取适当的对策, 以减小在外地或外国法院进行诉讼或者适用外国法律的风险, 如果诉讼是不可避免的, 可以在证据方面提前做好准备, 使自己在诉讼中处于有利地位。

- ① 电子商务网站的交互程度越高, 在异地遭遇诉讼的可能越大, 可以使用计算机网站点击次数的技术, 以证明企业与其他地方的顾客的关联度;
- ② 开发一个要求潜在的顾客提供居住地的人机会话接口, 其中还应包含屏蔽技术, 剔除填写的居住地不符合规定的用户;
- ③ 使用过滤技术, 阻止那些来自企业并不打算进行经营的国家或地区的顾客看到网站;
- ④ 在网站上声明管辖地和法律适用选择条款, 作为交易或提供服务的条件, 并在适用条款中声明公司不予进行经营的国家和地区;
- ⑤ 发生争议后, 可考虑采取在线争议解决方式, 但此种方式达成的争议解决方案通常不具有法律强制力;
- ⑥ 在没有协议的情况下, 审理电子商务争议的法院最有可能适用最密切联系原则确定适用的法律, 但判断争议与哪个国家有最密切联系时法官有很大的自由裁量权;
- ⑦ 电子证据已经作为证据被法院所采纳;
- ⑧ 采取适当措施对交易产生的电子文件进行保存, 以备纠纷发生时作为证据使用。

本章小结

电子商务的全球性、管理非中心化等特点, 给传统的司法管辖权理论带来了很大的冲击, 使电子商务纠纷的司法管辖面临模糊性、偶然性、难以预测性等难题。各国都在对此进行积极的探索。美国法院逐步形成了较为成熟的电子商务管辖权规则, 并在实践中根据网站的互动程度, 对网站与行使管辖权之间的关系提出了重要的“滑动标尺”标准。欧盟对 B2C 电子商务纠纷从保护消费者利益的角度制定特殊的管辖权规则, 消费者可选择在

自己住所地法院或对方住所地法院起诉，但是对消费者管辖法院的选择权进行了必要的限制；而消费者作为被告时，只能由消费者住所地法院管辖。在我国，电子合同纠纷的管辖权可依当事人的协议确定，也可参照有关法律规定进行确定；网络著作权侵权纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖，侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地；涉及域名的侵权纠纷案件，由侵权行为地或者被告住所地的中级人民法院管辖。

电子商务也给传统的法律适用规则带来了新的挑战，使冲突规范中连结点难以确定，准据法可能落空。美国《统一计算机信息交易法案》对当事人约定法律选择条款及例外、美国以外的法域的适用条件等电子商务的法律适用问题作出了规定，值得各国立法借鉴。在电子商务合同纠纷和电子商务侵权纠纷中，意思自治和最密切联系成为确定法律适用的重要原则。从电子商务纠纷法律适用的发展趋势来看，自治规则将在规范电子商务活动方面发挥重要作用，电子商务实体法的趋同化和统一化趋势更加明显，在准据法选择中，公法适用的可能性增加。

在线争议解决机制是指运用计算机和网络技术，以替代性争议解决方式的形式来解决争议，具有便利性、经济性、高效性、灵活性、公平性、弱对抗性等优势，有自助式 ODR 和交互式 ODR 两种模式。在线争议解决机制目前已经成为很多国家和国际组织积极推行的电子商务争议解决方式。

作为技术与法律相结合的产物，电子证据具有无形性、复合性、易破坏性等特点。各种形式的电子证据在电子商务争议中的广泛存在和应用，给传统的证据制度带来了一系列新的挑战，最主要的是电子证据的可采纳性和证明力问题。联合国《电子商务示范法》肯定电子证据的可采纳性，为各国立法所采纳。我国《电子签名法》也明确了电子证据在我国的可采纳性。电子证据证明力的大小取决于电子证据与案件的联系以及电子证据的真实性和完整性，采用安全措施的电子证据的证明力大于普通的电子证据。由于易遭破坏，证据保全对电子证据具有重要意义。

案例分析

一则涉外侵权案件的管辖权

2004 年 8 月 10 日，中国广东佛山永恒温控器厂向广东省佛山市中级人民法院(以下简称佛山中院)起诉英属马恩岛施特利克斯有限公司(Strix Limited)。在该案中，原告是一家内资电器制造企业，生产的温控器全部在国内销售，被告是位于英国的全球最大的电热水壶温控器制造商之一，其生产的电热水壶温控器与原告的产品存在竞争。原告诉称，被告从 2000 年开始，利用其公司的英文网站(网址 <http://www.strix.com>)，不间断地捏造和公开发布对原告及原告产品的虚假事实，以诋毁原告的商业信誉和商品声誉。被告把几份有关原告“产品侵权和质量不合格”的新闻稿置于“假冒伪劣品新闻”或“打击假冒伪劣品制造者的行动”的栏目下，将原告的产品归于假冒伪劣产品。原告认为，其在中国境内生产和销售的温控器是拥有专利权的产品，不存在对被告的侵权。原告再三向被告提出异议并向其发出警告，被告置若罔闻。



原告遂向佛山中院提起诉讼,而被告于 2005 年 3 月 2 日向佛山中院提出了管辖权异议,认为根据中国对管辖权的有关法律规定以及相关立法精神,佛山中院对该案没有管辖权,请求将案件移送至有管辖权的异议人公司(即本案被告)住所地法院或被诉的侵权行为地(即被告网站主机所在地)法院审理。2005 年 4 月 26 日,佛山中院裁定驳回被告对本案管辖权提出的异议。被告不服裁定,于 2005 年 5 月 8 日向广东省高级人民法院(以下简称广东高院)提出上诉。广东高院于 2005 年 9 月 16 日以与佛山中院同样的法律依据裁定驳回上诉,维持原裁定。

案例讨论题:

1. 结合本案,分析如何确定电子商务纠纷中的侵权行为地。
2. 试分析我国两级人民法院驳回被告管辖权异议的法律依据。
3. 法院在审理本案时,应如何选择所适用的法律?
4. 本案中,原告在收集证据时应注意哪些法律问题。

思 考 题

1. 简述电子商务对司法管辖权的冲击。
2. 简述电子商务中合同纠纷和侵权纠纷的管辖原则。
3. 简述电子商务纠纷法律适用的一般原则。
4. 与 ADR 相比,在线争议解决方式有哪些优势?
5. 在线争议解决方式的两种模式是什么?
6. 我国《电子签名法》关于电子证据的可采纳性和证明力是如何规定的?

参 考 文 献

- [1] 王纪平. 电子商务法律法规. 北京: 清华大学出版社, 2005.
- [2] 高富平. 电子商务法律指南. 北京: 法律出版社, 2003.
- [3] 高慧云. 电子商务法教程. 北京: 华文出版社, 2005.
- [4] 张楚, 郭斯伦. 网络与电子商务法教程. 北京: 首都经济贸易大学出版社, 2005.
- [5] 王利明. 电子商务法律制度: 冲击与因应. 北京: 人民法院出版社, 2005.
- [6] 覃征, 岳平等. 电子商务与法律. 北京: 人民邮电出版社, 2002.
- [7] 孟霜. 电子商务与法律. 北京: 中国水利水电出版社, 2005.
- [8] 高富平. 在线交易法律规制研究报告. 北京: 北京大学出版社, 2005.
- [9] 关永宏. 电子商务法. 广州: 华南理工大学出版社, 2003.
- [10] 张楚, 王祥等. 电子商务法案例分析. 北京: 中国人民大学出版社, 2002.
- [11] 高云. 中国网络经典案例法律透视. 广州: 羊城晚报出版社, 2002.
- [12] 梅绍祖. 电子商务法规. 北京: 中国财政经济出版社, 2004.
- [13] 柳经纬. 电子商务法. 厦门: 厦门大学出版社, 2004.
- [14] 陈冰, 陈凌. 网络环境下的著作权思考. 三明高等专科学校学报, 2004.
- [15] 胡美军. 最新银行计算机信息系统安全技术规范与网上银行风险监管防范实用手册. 香港: 天马出版有限公司, 2004.
- [16] 张乃根, 符望. 全球电子商务的知识产权法. 上海: 上海交通大学出版社, 2004.
- [17] 高富平, 张楚. 电子商务法. 北京: 北京大学出版社, 2002.
- [18] 杨坚争, 高富平, 方有明. 电子商务法教程. 北京: 高等教育出版社, 2001.
- [19] 吴汉东, 刘剑文. 知识产权法学. 北京: 北京大学出版社, 2004.
- [20] 张楚. 电子商务法. 北京: 中国人民大学出版社, 2002.
- [21] 郭懿美. 电子商务法律与实务. 北京: 科学出版社, 2004.
- [22] 胡鸿高, 赵丽梅. 网络典型案例与法律法规汇编. 北京: 法律出版社, 2003.
- [23] 印辉. 电子商务合同案例评析. 北京: 知识产权出版社, 2002.
- [24] 张丽英, 李居迁. 电子商务法典型案例解析. 北京: 人民法院出版社, 2003.
- [25] 吴汉东. 知识产权法. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- [26] 王明锁. 知识产权法学. 郑州: 郑州大学出版社, 2004.
- [27] 黄建初, 安建. 《中华人民共和国电子签名法》释义及实用指南. 北京: 中国民主法制出版社, 2004.
- [28] 郭懿美, 蔡庆辉. 电子商务法. 厦门: 厦门大学出版社, 2004.
- [29] 齐爱民, 刘颖. 网络法研究. 北京: 法律出版社, 2003.
- [30] 佚名. 解读《电子签名法》的出台. 哈尔滨: 哈尔滨日报, 2004 年 11 月 10 日.



- [31] 月光软件论坛. <http://www.moon-soft.com>.
- [32] 中国民商法律网: 青岛网星电子商务有限公司诉青岛英网资讯技术有限公司网页著作权纠纷案
- [33] 中国电子商务法律网. <http://www.ChinaecLaw.com>.
- [34] 谢波. 论电子合同[EB/OL]. 法律图书馆网. http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=5661.
- [35] 蒋建平, 杨毅. 电子合同效力问题初探[EB/OL]. 洪恩在线. <http://www.hongen.com/proedu/flss/flsw/sw032601.htm>.
- [36] 赵强. 文化法律——试论网络作品著作权的侵权和保护. 南京师大学报: 社科版, 2003.
- [37] 电子商务下的知识产权保护[EB/OL]. 洪恩在线. <http://www.hongen.com/proedu/flxy/flsw/ztzl/dzsw/lfdt/3.htm>.
- [38] 魏浩征. 谁来保护我的网络作品[EB/OL]. 网络法律网. <http://www.wangluofa.com/ShowArticle.asp?ArticleID=493>.
- [39] 律师在线. 谈谈网络著作权的几个问题[EB/OL]. 正义网. <http://www.jcrb.com/zyw/n489/ca338346.htm>.
- [40] 芦琦. 关于与 MP3 相关的音乐著作权的法律问题及其分析[EB/OL]. 中国普法网. http://www.legalinfo.gov.cn/zt/2004-10/26/content_144546.htm.
- [41] 杨才然, 赵曾海. 网站擅自上载他人作品是否侵权[EB/OL]. 中国法院网. <http://www.chinacourt.org/>.
- [42] 许超. 互联网的著作权保护问题[EB/OL]. 武汉知识产权局 IP 论坛. <http://www.whipb.gov.cn/ipלטdetail.asp?id=141>.
- [43] 关振胜. 《电子签名法》与电子签名的技术实现[EB/OL]. <http://www.cfca.com.cn/news/040910-2.htm>, CFCA.
- [44] 佚名. 电子商务中的支付问题[EB/OL]. <http://www.boyho.com/Article/2005>.
- [45] 中国人民银行. 电子支付指引(第一号)[EB/OL]. <http://www.law-bridge.net/LAW/>.
- [46] 马治国. 信息网络安全法律体系初探[EB/OL]. <http://www.law900.com/>.
- [47] 中国互联网络法律法规网. <http://www.ChinaITlaw.org>.
- [48] 肖尤丹. 十年之困: 互联网与著作权的博弈生存[EB/OL]. 人民网. <http://ip.people.com.cn/GB/10609696.html>.
- [49] 李祖明. 互联网上的版权保护与限制. 北京: 经济日报出版社, 2003.
- [50] 张楚. 知识产权法. 北京: 高等教育出版社, 2007.
- [51] 网上交易偷税被判刑. 网店缘何成为税收漏洞[EB/OL]. 新华网. http://news.xinhuanet.com/internet/2007-07/26/content_6431722.htm.
- [52] http://www.uncitral.org/uncitral/zh/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.
- [53] 何其生. 国际合同使用电子通信公约述评 [EB/OL]. <http://oldfyb.chinacourt.org/public/detail.php?id=90839>.



- [54] 刘颖，李静．互联网环境下的国际民事管辖权[EB/OL]．中国法学，2006（1）．
- [55] 《刑法》修正案—非法获取个人信息罪[EB/OL]．<http://www.chinaeclaw.com>．
- [56] “中国杭州”政府门户网站．

◆ 所有教材配有教学建议、电子教案和习题参考答案，
可登录上述网站免费下载。

全国高等职业教育规划教材

电子商务专业

电子商务概论 (第2版) ✓
网络营销 (第2版) ✓
电子商务法 (第2版) ✓
电子商务物流管理 (第2版) ✓
电子商务支付与安全 (第2版) ✓
企业资源计划 (ERP) 原理及应用 (第2版)
电子商务案例教程 (第2版)
电子商务英语 (第2版)
电子商务网站建设与维护
EDI实务与操作
网络营销实务——项目教程
电子商务基础与应用——“学·用·做”一体化教程
电子商务基础 (第2版)

财务会计专业

基础会计 (第2版) ✓
审计实务 (第2版)
成本会计实务 (第2版)
管理会计 (第2版)
税务会计实务 (第2版)
财务管理 (第2版)
会计法规
行业会计比较
企业会计实训 (第2版)
会计电算化实用教程
基础会计——基于工作过程的会计业务核算

国际贸易专业

国际贸易概论
国际贸易实务
国际市场营销
报关实务
国际商务谈判
国际金融
国际结算
外贸函电
国际电子商务
国际商务英语
国际货运代理实务
单证实务

市场营销专业

市场营销理论与实务 (第2版)
市场调查与预测 (第2版)
商品学基础 (第2版)
现代推销技术 (第2版) ✓
营销心理学 (第2版) ✓
公共关系理论与实务 (第2版) ✓
销售管理 (第2版) ✓
广告原理与实务 (第2版) ✓
现代商务礼仪 (第2版)
商务谈判实务 (第2版)
国际市场营销理论与实务 (第2版)
国际贸易实务 (第2版)
营销策划理论与实务 (第2版) ✓

连锁经营管理专业

连锁经营管理原理
连锁企业门店运营管理
连锁企业配送管理
连锁企业人力资源管理
收银管理实务
连锁企业促销技巧
特许加盟实务
连锁企业财务管理
连锁企业采购管理
连锁企业网点开发与设计
理货管理实务
连锁经营案例教程

经济管理基础课

现代企业管理 (第2版)
统计学基础 (第2版)
企业战略管理
零售学
管理学基础
消费心理学
经济法基础 (第2版)
经济学基础

✓ 普通高等教育“十一五”国家级规划教材

策划编辑：王沈平

责任编辑：李蕊

封面设计：一克米工作室



ISBN 978-7-121-10981-2



9 787121 109812 >

定价： 元